
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique



كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

Faculté des sciences humaines et de la civilisation islamique

قسم العلوم الإسلامية

Département des sciences islamiques

أثر الواقع في تنزيل الأحكام في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: « شريعة وقانون »

إعداد:

الطالبة: فاطِمة تنّاح

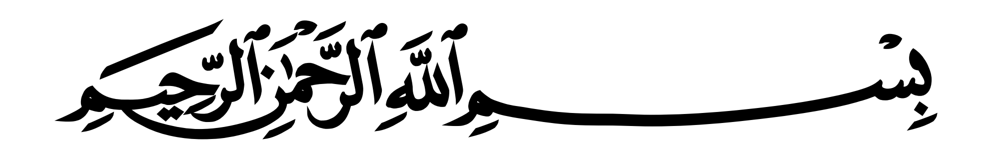
إشراف:

الأستاذ الدكتور: أحسن زقّور

لجنة المناقشة:

دكتور : عكاشة حوالف	جامعة وهران	رئيسا
أ. دكتور : أحسن زقور	جامعة وهران	مقررا
دكتورة : ربيعة حزاب	جامعة وهران	مناقشا
دكتور : مختار حمحامي	جامعة وهران	مناقشا

السنة الجامعية 1432-1433هـ / 2012-2013م


بسم الله الرحمن الرحيم



إهــداء

إلى الوالدة الحبيبة، أمدّ الله في
عمرها و أسدل عليها رداء الصحة
والعافية.
إلى روح الوالد الحبيب، تغمده الله
برحمته و مغفرته و أكرمه بجنته.
إلى الأشقاء،الإخوة و الأخوات.
إليهم جميعا، أهدي هذا الجهد
المتواضع.

شكر و تقدير

أتقدم بشكر خاص لفضيلة الأستاذ الدكتور أحسن زقّور، على قبوله الإشراف على هذه المذكرة و على تعليماته الوجيهة و نصائحه المفيدة و على رحابة صدره و طول صبره، فقد كان لي نعم المعين المعنوي طيلة هذه السنين، و لولاه لما أتممت هذا العمل، فلله الحمد و المنة و لأستاذي الكريم الشكر الجزيل و الدعاء له بالخير الوفير في الدارين.

فجزاه الله عني خيرا.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

بسم الله و الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله الطيبين الطاهرين، أما بعد،

فإنه بات من الواضح اليوم، أن مشكلة العالم الإسلامي لم تعد كامنة في محاولة معرفة و إتقان النصوص بقدر ما هي متعلقة بمعرفة طرق تطبيق هذه النصوص و كيفية إسقاطها على واقع الأفراد و المجتمعات، حتى ينفعل بها سلوكهم و تستقيم بها حياتهم العاجلة و الآجلة.

لا شك أن فهم النصوص قصد التوصل إلى معرفة الحكم الشرعي أمر ضروري، بل مطلوب التحصيل، لكونه يمثل مرحلة أولية تعقبها بالضرورة مرحلة التطبيق، فالحكم شرعي كان أو قانوني لا يمكن تنزيله على الواقع إلا بعد فهم محتواه و الإحاطة بكل معانيه و متعلقاته.

هذا التسلسل المرحلي مبرر من ناحيتين: الزمنية و المنطقية، و هو أمر معمول به في كل التشريعات، إلا أن الأمر قد ينبئ بالخطر في حالة ما إذا طالت مرحلة الفهم النظري و الاستنباط دون أن تفضي إلى المرحلة الموالية و هي مرحلة التنزيل، مما يسبب انفصاما بين المرحلتين أي بين النص المراد تنزيله و الواقع محل التنزيل.

و هذا ما جعل النص الشرعي يفقد قدرته على التجاوب مع واقع الأمة و الأفراد، بحيث لم يعد يُفض إلى مقصود الشارع المتوخى منه، مما ألجأ الكثيرين إلى الاقتباس أو تبني تشريعات الغرب الوضعية علّها تسعف في إيجاد حلول جاهزة، إلا أنهم أضافوا همّا آخر يتمثل في كون الجانب الإنساني كالقيم و المعتقدات و القوانين التي تمس ضمير الأمة لا يمكن اقتباسها من بيئات أجنبية، لأنها لا تصلح للتطبيق في بيئاتنا، بخلاف الجانب العلمي و التكنولوجي، الذي لا ضير في اقتباسه و اعتماده لكونه لا يتصل بروحانيات الأمة و لا بضميرها الجماعي.

مقدمة

لقد كانت لنا أسوة حسنة في أسلافنا رحمهم الله، الذين فهموا واقعهم، بل بنوه بأيديهم و أسسوا فقههم للدين انطلاقا من فهمهم لواقعهم و أوضاعه المختلفة، فكان المجتهد آنذاك جزءاً لا يتجزأ من المنظومة الاجتماعية، كان مندمجا بقوة في مجتمعه، يتفاعل معه بالأخذ و العطاء، يؤثر فيه و يتلقى منه التأثير، و يساهم بشكل فاعل في إيجاد الحلول.

لذلك جاءت اجتهاداتهم مستوحاة من بيئتهم، تعكسه بصدق و تقوّم ما فيه من خلل، هكذا كانت اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم و التابعين من بعدهم كلها واقعية، تصب في إصلاح المجتمع، دون أن تبرره، بل الذي أُثر عنهم، أنهم كانوا يُخضعون الواقع لتعاليم الشرع، و دون إهمال لمتطلباته في الوقت نفسه.

إن الاقتصار على فهم و استيعاب النصوص، دون القدرة على الاستفادة منها بتوظيفها في واقع الناس، لم يعد كافيا اليوم، لتفعيل التشريع الإسلامي، الذي فقد الرباط فعلا مع واقع المجتمع.

لذلك، فإن اعتبار معطيات الواقع، أمر مهم و أساسي في العملية الاجتهادية عموما و التنزيلية منها خصوصا، و إغفال عنصر الواقع في الاجتهاد أفقد الخطاب الشرعي قدرته على إيجاد الحلول للمجتمع، حيث بدا عمل المجتهد أشبه ما يكون بالعمل التنظيري النظري، البعيد كل البعد عن مشكلات الناس، لبعده عن الواقعية، التي من المفترض أن يتصف بها كل من يتصدى للحكم و القضاء و الإفتاء.

هذه النظرة النصفية للاجتهاد أحدثت فجوة حقيقية في التشريع الإسلامي، بل أسهمت في ظهور و تنامي اتجاه دعاة تجديد أصول الفقه و فتح باب الاجتهاد على مصراعيه و من دون أي ضوابط و هو ما يعبر عنه بالاجتهاد الحر، زاعمين أن الأزمة التي تواجه التشريع الإسلامي لا تتمثل في إغفال عنصر الواقع فحسب، بل تطال أيضا أسس الفقه الإسلامي و قواعده برمتها، حيث أضحت أصوله غير قادرة على مواكبة العصر، و بالتالي لابد لها من قراءة جديدة وفق متطلباته، بل لابد من استحداث آليات أخرى جديدة لاستنباط الأحكام.

و مما زاد في تأزّم الوضع استغلال التيار العلماني لمصطلح تجديد الفقه الإسلامي حيث استطاع بلورته بمضامين جعلته رمزاً لتجاوز الشريعة.

و لولا ثغرة إغفال عنصر الواقع في العملية الاجتهادية لما ظهر هذا الاتجاه الخطير الذي يسعى إلى نسف المنظومة الأصولية من أساسها و استبدالها بما يسمونه بالاجتهاد الحر، المطلق من كل الضوابط.

لذلك يتعين على النخبة في المجتمعات الإسلامية خاصة منهم العلماء، الالتفات إلى عنصر الواقع في اجتهاداتهم و عدم إغفاله في إطار الاجتهاد التنزيلي الذي يعد قسيم الاجتهاد الاستنباطي، و هو وحده الكفيل بإعادة التشريع الإسلامي إلى واقع الحياة الاجتماعية، وفتح باب الاجتهاد الحقيقي و المسؤول و المنضبط، و بذلك تستعيد الأمة مكانتها بين الأمم و يستعيد الفقه الإسلامي جذوته الأولى، و لجم تلك الأفواه المطالبة بتجاوز أصول الفقه الإسلامي إلى الأبد.

أهمية الموضوع :

من خلال ما ذكرت ظهرت لي أهمية هذا الموضوع، علّني أساهم في اقتراح بعض الحلول لتصحيح النظرة الخاطئة التي يجتهد في إعلانها دعاة تجديد أصول الفقه، مع إظهار السبب الرئيس وراء تراجع دور الفقه الإسلامي في الحياة العامة، و المتمثل في إغفال عنصر الواقع.

أسباب اختيار الموضوع :

كل ذلك حفّزني لإعداد هذا البحث، آخذة بعين الاعتبار الدوافع التالية:

1) تنامي أصوات دعاة تجديد أصول الفقه الإسلامي و إطلاق العنان لما يسمى بالاجتهاد الحر، و ما تتركه هذه الدعوات من أثر خطير على الفرد و المجتمع.

2) إغفال عنصر الواقع في تنزيل الأحكام، مع أنه يمثل ركنا أساسيا في الاجتهاد التنزيلي، باعتباره محل تنزيل الحكم، ممّا سبّب عناء كبير للمسلمين من جراء بعض الفتاوى و الاجتهادات، و فسح المجال واسعا أمام دعاة التجديد للطعن في الفقه الإسلامي أو كما يسمونه " الموروث الثقافي المتقادم".

3) النظرة النصفية لأحكام الشريعة القاضية بتغليب الوسائل على المقاصد، ممّا افقد الأحكام فاعليتها و أفرغت من محتواها فلم تعد تؤدّ الغاية منها.

إشكال البحث:

أما الإشكال الذي يطرحه الموضوع فإنني تصورته كالتالي:

من المعلوم أن التشريع أو سن القوانين يقتضي التعميم و التجريد، و أن تنزيل الأحكام يستلزم الخصوصية، و من دواعي هذه الخصوصية أن يتخلف الحكم عن محله أو يصرف عن موجبه لاعتبارات الواقع، فإذا بات الواقع على هذا القدر من الأهمية بحيث يقوى على إبعاد الحكم عن دائرة التطبيق، فكيف يمكن ضبط هذه العلاقة الجدلية بين الثابت و المتغير في العملية التنزيلية؟ و ما هو الحجم

الحقيقي الذي يجب على الناظر في النوازل أن يوليه للواقع باعتباره عنصرا رئيسيا في تنزيل الأحكام؟ و إذا كان الواقع في حاجة ماسة إلى الاجتهاد الفقهي ليضبط مساره، فالفقه أيضا في حاجة إلى الواقع لينميه و يثريه، فما هي آليات فهم هذا الواقع و كيف له أن يؤثر في الحكم الشرعي أو القاعدة القانونية و يتلقى منهما التأثير؟ و ما هي الضوابط التي تحكم عملية تنزيل الأحكام في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي لتجنب الوقوع في فخ تبرير الواقع؟

الأهداف المرجوة من البحث:

من خلال هذا البحث، أتوخّى الوصول إلى الأهداف التالية:

1) تفعيل دور الواقع في تنزيل الأحكام، و بيان أهميته و ضرورة إعماله كركن من أركان الاجتهاد التنزيلي باعتباره محل تنزيل الحكم و ليس مجرد الالتفات إليه كعامل من العوامل، و في الوقت نفسه بيان أن إعمال الواقع لا يعني تبريره بكل ما يحمل من سلبيات.

2) إعمال عنصر الواقع في الاجتهاد التنزيلي مع الضوابط، هو تفعيل لدور المقاصد الشرعية، لكون ثمرات مقاصد الشارع لا تتحقق واقعا إلا بالتطبيق.

3) عرض لمنهجية تطبيق الأحكام في الفقه الإسلامي و بيان أنها تتم وفق خطة محكمة، و ضوابط تتميّز بالدقة، تقي المجتهد من الوقوع في الخطأ.

4) مشكلة العالم الإسلامي اليوم تكمن في الابتعاد عن واقع الناس و مشاكلهم الحقيقة، و ليس في تقادم المنظومة الأصولية كما يزعم دعاة التجديد.

5) بيان أن القانون الوضعي قد يلتقي مع الفقه الإسلامي في بعض آليات إعمال الواقع.

صعوبات البحث:

تجلت صعوبات البحث خاصة في طبيعة المنهج المتبع التي تقتضي المقارنة بين نظام قانوني مستوحى من الدين و نظام آخر مصدره البشر، فغالبا ما كان يلتبس عليّ الأمر هل أُقدم على المقارنة في جزئية من الجزئيات أو أحجم عن ذلك مخافة الوقوع في محظور شرعي.

إضافة إلى أن المنهج المقارن يتطلب دراسة الموضوع من زاويتين؛ زاوية الشرع الإسلامي وزاوية القانون الوضعي، فكأنني أعد بحثا مكررا مرتين و بنظرين مختلفين، مما يتطلب وقتا كبيرا و جهدا لا يستهان به

خاصة في استخلاص أوجه الاختلاف و التشابه بين النظامين، لأن ذلك يتطلب دراسة المسألة المبحوثة بتعمق في النظامين على حد سواء.

منهج البحث:

حسب طبيعة البحث التي تقتضي المقارنة، فإنني اتبعت هذا المنهج بحسب ما استطعت إلى ذلك سبيلا و بقدر ما توفر لديّ من المعلومات العلمية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، موجهة البحث إلى المقارنة بين الفروع في النظامين، و تفصيلا للمنهج فإنني اتبعت الخطوات التالية:

أ. جعلت الفقه الإسلامي أصلا للمقارنة، لكونه أوسع نطاقا من القانون الوضعي و الأسبق ظهورا، فهذا الأخير لا يمثل إلا جانبا من جوانب الفقه الإسلامي المتمثل في المعاملات.

ب. اقتصرت على المذاهب الأربعة لشهرتها و توفّر مراجعها معتمدة في نقل الأقوال على مصادرها المعتمدة.

ج. المقارنة مع القانون الوضعي عموما في بعض المسائل الفرعية التي تتسنى فيها المقارنة، و أحيانا أشير إلى القانون الجزائري.

د. حرصت أن أقدم لكل فصل أو مبحث بتمهيد يحدد الغرض من الموضوع.

هـ. تخريج الحديث: إذا وجد في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك و إلا خرجته بذكر المصدر و درجته إن تيسر لي ذلك.

و.ذيلت البحث بفهارس: 1 . فهرس الآيات الكريمة.

2. فهرس الأحاديث الشريفة.

3. فهرس الأعلام المترجم لهم.

4. فهرس عام للموضوعات.

و في الأخير خاتمة _نسأل الله حسنها _حوَت أهم نتائج البحث المتوصل إليها.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة و ثلاثة فصول و خاتمة، كل فصل احتوى على ثلاثة مباحث:

فصل تمهيدي: التشريعات بين المثالية و الواقعية

المبحث الأول: النزعة المثالية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المطلب الثالث: اعتماد منهج الموازنة.

المبحث الثاني: اعتبار التغيرات.

المطلب الأول: مفهوم تغير الأحكام في الفقه الإسلامي و القانون.

المطلب الثاني: مجال تغير الأحكام.

المطلب الثالث: ضوابط مراعاة التغير.

المبحث الثالث: التحقيق في مآلات التطبيق.

المطلب الأول: المقصود باعتبار المآل و أدلة اعتباره.

المطلب الثاني: مسالك ضبط المآل قبل الوقوع.

المطلب الثالث: مسالك ضبط المآل بعد الوقوع (مراعاة الخلاف).

خاتمة.

فصل تمهيدي: التشريعات بين المثالية و الواقعية.

المبحث الأول: النزعة المثالية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المطلب الأول: العدل مبدأ ضابط للتشريع و القضاء.

فرع ا:مفهوم العدل في الإسلام

فرع ب : مفهوم العدل في القانون الوضعي

المطلب الثاني: الأخلاق دعامة أساسية في التشريعات.

فرع ا : مفهوم القاعدة الأخلاقية.

فرع ب: الأخلاق في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: النزعة الواقعية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المطلب الأول: مظاهر الواقعية في الفقه الإسلامي.

فرع ا : في مجال الفروع الفقهية.

فرع ب :في مجال الأصول.

المطلب الثاني: مظاهر الواقعية في القانون الوضعي.

فرع ا :عنصر الواقع في القاعدة القانونية.

فرع ب : خاصية الواقعية وتبرير الواقع.

المبحث الثالث: الواقع و الاجتهاد التنزيلي.

المطلب الأول:المقصود بالواقع، أدلة اعتباره،وآليات فهمه.

فرع ا: التعريف بالواقع و أدلة اعتباره.

فرع ب: آليات فهم الواقع.

المطلب الثاني: الاجتهاد التنزيلي.

الفرع ا : تعريف الاجتهاد التنزيلي و بيان أركانه

الفرع ب: مكانة الواقع من الاجتهاد التنزيلي.

الفصل التمهيدي: التشريعات بين المثالية و الواقعية.

لا يماري أحد من العقلاء في أن التشريعات -سواء كان مصدرها الوحي الإلهي أو كانت من وضع البشر- إنما وجدت أساسا لتطبق على الواقع قصد تقويمه و تسديد اعوجاجه وفق تعاليم أحكامها. لذلك، فإن التشريعات و القوانين ذات صبغة مثالية خالصة، تجد صعوبة في قبول الناس لها، لكونها بعيدة كل البعد عن حياتهم الاجتماعية و مشاكلهم اليومية، و بالتالي تظلّ، عاجزة عن مدّهم بالحلول العملية المناسبة، مما يسبب نفورهم منها و تبني قوانين أخرى أكثر واقعية و انسجاما و لو كانت مقتبسة من بيئات أخرى.

"و لا يعني هذا، التناقض الكامل بين الواقعية و المثالية، بل كلاهما ضروريان للحياة على ألاّ يتغلّب أحدهما على الآخر".[1]

إن اشتراط الخاصيتين في التشريع أمر ضروري لتمكينه من النزول من أفقه التجريدي النظري إلى أرض الواقع المشخص بظروفه و ملابساته و مستجداته، حتى لا يظل هذا التشريع حبيس الأذهان و النظريات الفكرية المجردة، و حتى يؤدي وظيفته المتمثلة في تنظيم العلاقات الاجتماعية.

و في المقابل، فإن هذا التشريع مطالب أيضا بعدم تبرير الواقع باحتواء كل ما يفرزه من معطيات قد تكون إيجابية و قد تكون في غالب الأحيان سلبية، فليس كل ما في الواقع معتبر، بل كثير من عناصره دخيلة قد أقحمت فيه طبقا لسياسة معينة –كالعلمانية في بعض الدول العربية- أو نتيجة لتراكمات الماضي الاستعماري لبلدان المسلمين, أو نتيجة للغزو الثقافي للمجتمعات الغربية لدولنا، و هذا ما يحتم على المجتهد أن يكون على جانب كبير من الحيطة و الحذر للتصدي لكل خلل يظهر في المجتمع و عدم مسايرة سلبياته، فالأصل قياس نوازل الواقع على القوانين لا العكس، فهي الأصل الذي يُحتكم إليه.

[1] .د.سمير عاليه، علم القانون و الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1992، ص60.

المبحث الأول: النزعة المثالية في النظامين الشرعي و الوضعي.

إن مهمة القوانين، تكمن في الأساس في حكم ظواهر إرادية إنسانية، و لا تملك البتة إخضاع الفرد قسراً لفعل معيّن، كما تملك إخضاعه لذلك القوانين الطبيعية كقانون الجاذبية على سبيل المثال.

إنها قوانين تقويمية، تعطي الواقع قيمة قانونية معيّنة بالقياس على مثل أعلى[1]، هذا المثل الأعلى الذي تتشوّف إليه التشريعات هو مبدأ العدل، الذي يعدّ إلى جانب الأخلاق أساس التشريع في الشريعة الإسلامية والغاية التي توجه المشرع الوضعي وفق الفكرة الإيديولوجية السائدة في مجتمعه، كما تلهم القاضي بالحل المناسب إذا أعوزه النص عند فضّ المنازعات.

المطلب الأول : العدل مبدأ ضابط للتشريع و القضاء.

لم يهتم الفقهاء المسلمون بتعريف العدل تعريفا جامعا مانعا على شاكلة الحدود عند المناطقة، ولكنهم وعوا حقيقته و عرفوا كنهه من خلال اجتهاداتهم، و ممارساتهم اليومية، فكيف تمثّل هؤلاء العلماء حقيقة العدل؟

فرع ا: مفهوم العدل في الإسلام.

يعتمد تشريع الأحكام و تنزيلها على الواقع في الإسلام على إقامة العدل،"لأنه تشريع إلهي، يضم بين أحكامه قواعد الدين و قواعد المعاملات الاقتصادية، فكان طبيعيا أن تتشابك هذه الأحكام فيما بينها و يتأثر بعضها بالبعض الآخر، و كان طبيعيا أيضا أن تتوحد أصولها و أدلتها و علومها و دراساتها، ثم تتأصل هذه الأحكام في النفوس و يقوى احترامها على ما في مراعاتها من المحافظة على مرضاة الله و العباد"[2]، مصداقا لقوله تعالى في محكم تنزيله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ﴾[3]، قال ابن مسعود[4]رضي الله

---

[1].د.حسن كيره، المدخل إلى القانون،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،ط5،بدون تاريخ نشر،ص 136/135 (بتصرّف يسير).

[2]. د. صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط1961/3، ص: 171.

[3]. سورة النحل الآية 90.

[4].عبد الله بن مسعود، بن غافل بن حبيب، الإمام الحبر، فقيه الأمة، من السابقين إسلاما، أعلمهم بالقرآن، شهد سائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه و سلم، روى عن النبي عليه الصلاة والسلام، وروى عنه جمع من الصحابة، توفي رضي الله عنه سنة 32هـ و دفن بالبقيع. أسد الغابة 381/03، سير أعلام النبلاء461/01، حلية الأولياء و طبقة الأصفياء 124/01.

عنه في هذه الآية:"هذه أجمع آية في القرآن، لخير يُمتثل و لشر يُجتنب."[1] و ما الخير الذي يمتثل سوى المصالح المقصود جلبها شرعا و ما الشر الذي يجتنب إلا المفاسد المقصود درءها شرعا.

1. العدل في الإسلام هو مقاصد الشارع.

إن العدل في الإسلام هو غاية الحكم و مقصوده، و هو أساس التشريع، سواء كان تشريعا مبتدءا كنصوص الكتاب و السنة أو اجتهاديا متمثلا فيما يستنبطه المجتهدون من أحكام وفق ما فهموه من عرف الشارع في التشريع مستحضرين في ذلك مبادئ العدل و الإنصاف عند النظر في الحالات الواقعية المشخصة حالا و مكانا و زمانا، متأسين بمعلميهم الأوائل الصحابة رضي الله عنهم، فهذا سيدنا الإمام علي[2] رضي الله عنه وكرم وجهه يعرف، العدل المذكور في الآية الكريمة السابقة، بقوله:

" العدل: الإنصاف، و الإحسان: التفضل"[3]، هذه الكلمات الجامعات حوت بأسلوب بليغ المقصود من العدل في الإسلام.

و قد قرّر ابن قيّم الجوزية[4]، رحمه الله هذا المعنى نقلا عن الإمام الشافعي[5] رضي الله عنه، قائلا بعد أن عدّد جملة من الشروط الواجب توافرها في المجتهد:"لا يحلّ لأحد أن يفتي في دين الله إلاّ رجلا عارفا بكتاب الله، ناسخه و منسوخه، و محكمه، و متشابهه،...و يعرف من الحديث ما عرف من القرآن...،

1. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج:12، ص: 412.

2. الإمام علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم، أمير المؤمنين، ابن عم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و صهره على ابنته فاطمة سيدة نساء العالمين و أبو السبطين، أول الناس إسلاما، شهد جميع المشاهد إلا تبوك فقد استخلفه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على أهله، أكثر الرواية عن النبي صلى الله عليه و سلم، و رووا عنه بنوه الحسن و الحسين و محمد و عمر و جمع من الصحابة من بينهم ابن مسعود و ابن عمر و عبد الله بن جعفر،كان واسع العلم، زاهدا عادلا، عرف بالشجاعة و الكرم، استشهد سنة 40هـ كرم الله وجهه الشريف.أسد الغابة87/04، سير أعلام النبلاء: سيرة الخلفاء الراشدين، ص:225، حلية الأولياء61/01.

3. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج: 12، ص: 412.

4. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الشهير بابن قيم الجوزية، أخذ عن ابن تيمية، له تصانيف في غاية الجودة من بينها: أعلام الموقعين عن رب العالمين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مدارج السالكين و غيرها، توفي رحمه الله سنة 751هـ. شذرات الذهب168/6.

5. محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن هشام بن المطلب، ولد بغزة سنة 150هـ، أحد أقطاب المذاهب الأربعة، روى عن مالك و أخذ عنه الموطأ و عن مسلم بن خالد و ابن عيينة و عن عمه إبراهيم بن شافع وغيرهم، و عنه روى ابن حنبل و الحميدي و ابن السراج و البويطي و المزني و أبو ثور و آخرين، و هو حجة في اللغة، ألف الرسالة في أصول الفقه، توفي رحمه الله في سنة 204هـ، الديباج المذهب، ص: 326.

و يستعمل مع هذا الإنصاف..."[1]، و الإنصاف قمّة العدل بل هو العدل المطلق، الذي جعله المجتهدون أساسا لاجتهادهم.

و قد تمثّلوه في المصلحة الشرعية المعتبرة التي تتشوف إلى تحقيقها مقاصد الشريعة العامة و الخاصة، فمقاصد التشريع العامة هي الخمسة المعروفة، المتمثلة في المحافظة على الدّين، النّفس، العقل، النسل، والمال، على مستوياتها الثلاثة: ضروريات، حاجيات و تحسينيات.

أما المقاصد الخاصة فهي علل الأحكام أو منطاتها وهي مظنة المصلحة التي تمثل" العدل"في التشريع، هذه المقاصد المنطوية على مصالح عامة وخاصة " هي روح الشرع و ملاك أمره بل هي موجهات العدل و مبانيه...، والمصلحة هي مقصود الشرع عامة كانت أم خاصة، فكانت غاية الحكم...و هي – التي شرع الحكم من أجل تحقيقها- تمثل العدل إذ الحكم لا يعدو كونه وسيلة، و الغاية أقوى من الوسيلة اعتبارا، لأنها أدخل في مفهوم العدل، و أشد تمكّنا، إذ الشارع لا يقصد ظلم أو ضرر بداهة ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظۡلِمُ مِثۡقَالَ ذَرَّةٖ ﴾2،﴿ وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعۡنَتَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾3، ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾[4]، و لقوله عليه الصلاة و السلام:«لا ضرر و لا ضرار في الإسلام»[5]، و إذا انتفى الضرر تشريعا و ممارسة وتطبيقا، تأكدت المصلحة بمفهومها الإيجابي، و هو جلب النفع بجميع صوره المشروعة."[6]

فتأكد أن العدل يتمثل في المصلحة المعتبرة شرعا عامة كانت أو خاصة و هي تتجسد في تلك الاحتياجات الواقعية و" المطالب الحيوية للأمة، و حاجاتها المتنوعة في شتى مرافق حياتها ...بل جعلها - أي الإسلام- مناط العدل في التشريع، مما يؤذن أن عدم الوفاء بها و تحقيقها للناس- بما ينهض بحياتهم على أكمل وجه- هو نقيض العدل تماما، و ليس بعد العدل إلا الظلم"[7]، والمقصود بمرافق الأمة المصالح

---

[1]. ابن القيّم الجوزية، أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، بيروت: دار الكتب العلمية، 1996، مج1، ص37.

[2]. سورة النساء، الآية 40.

[3]. سورة البقرة، جزء من الآية 220.

[4]. سورة البقرة، جزء من الآية 175.

[5].الموطأ تقديم فاروق سعد، منشورات دار الأفاق الجديدة،ط1983/3،كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، رقم:36،ص: 638.

[6].د.محمد فتحي الدريني،"مناهج الاجتهاد و التجديد في الفكر الإسلامي"، مجلة الاجتهاد، ع8، س1990/2، دار الاجتهاد، بيروت، ص:637.

[7]. د. الدريني، المرجع السابق، ص: 644.

الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و العسكرية و مصالح قطاع التعليم و الصّحة العامة و العدالة...و كل القطاعات الحيوية التي يحتاجها أفراد المجتمع.

2. مسالك تبيّن العدل: أما مسالك تبيّن معالم العدل على مستوى الأحكام، فهما مسلكان: الأول النص الشرعي، و الثاني الاجتهاد.

أولا: تبين معالم العدل من خلال النص، حيث أن "العدل في الإسلام يرسم طريقه النص التشريعي، بما يتبدى منه - اجتهادا بالرأي – مراد الشارع منه و المصلحة المشروعة التي يتغيّاها."[1] ، فالمجتهد لا يعتمد في الاهتداء إلى تبين وجه العدل على العقل الصرف، بل لابد من الرجوع إلى النص، فهو وحده المرجع و الحكم و هذا هو الفارق الأساس بين الاجتهاد في الإسلام و في غيره من الأنظمة، التي تعتمد على العقل أو الحدس أو أمور أخرى كالتجربة مثلا.

فمن المقرّر شرعا " أن نصوص الأحكام تتضمن أمرا موجودا في نفس الأمر هو الحسن و الحق والعدل و الخير، و أن تلك النصوص، إما أنها تكشف الموجود، و تعرّف بما فيه، أو تثبت المفقود الذي لم يصل الإنسان إلى معرفة حسنه أو قبحه بسبب قصور عقله عن إدراكه لتوقف معرفته على ما يحكم به الشرع."[2]

ثانيا: المسلك الثاني لتبين العدل هو الاجتهاد في حالة انعدام النصوص، حيث يتعين على المجتهد إعمال الفكر وفق ضوابط شرعية لتبين معالم العدل " اعتمادا على روح الشرع، يظهر ذلك جليّا فيما أشار إليه الأصوليون من أن الأصل المعنوي العام المستنبط من جزئيات في الشرع لا تحصى، كالأصل اللفظي العام من حيث قوة الاحتجاج به، و بناء الحكم عليه، طريقا مفضيا للعدل في الوقائع و النوازل، حكما و مقصدا، فشمل المنصوص و غير المنصوص على السواء مما يؤكد صلة الاجتهاد بالعدل مفهوما نظريا و تطبيقا عمليا."[3]

فرع ب : مفهوم العدل في القانون الوضعي.

يعتبر العدل أيضا أساس التشريع و الحكم في الأنظمة الوضعية، و هو الموجه و الملهم للمشرع و القاضي على حد سواء، فكيف تمثل رجال القانون مفهوم العدل؟

---

[1]. د. الدريني، المرجع السابق، ص: 638.

[2].د. أبو ياسر سعيد بن محمد بيهي، التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، الدار العالمية للنشر و التوزيع، الإسكندرية، ص: 377.

[3]. د. الدريني، مجلة الاجتهاد، ص : 640.

1. العدل ينبثق من القانون الطبيعي.

و في المقابل تصوّر فلاسفة القانون مبدأ العدل في فكرة "القانون الطبيعي" الممتدة الجذور منذ القدم، و عبّروا عن ذلك بوجود قانون أبدي أعلى من قوانين الدول، و صالح لكل زمان و مكان، و هو موجود سلفا في طبيعة العقل البشري، "و يعتبر أصحاب نظرية القانون الطبيعي أن مصدر القاعدة القانونية هو القانون الطبيعي، و هذا القانون ينبثق من طبيعة الأشياء و هو يعرف بنور العقل، لأن العقل يهدينا إلى وجود قواعد طبيعية عادلة بذاتها تتوافق مع طبيعة الإنسان العاقلة و الحرة"[1]، و يكمن دور المشرع أو القاضي في استخلاص مبادئه من طبيعة هذا العقل نفسه.

و يعتبر هذا القانون بحسب هؤلاء الفلاسفة مصدر العدل و الموجه و الملهم بمبادئه للمشرع، كما يعتبر المكمّل لما قد يظهر عند تطبيق القوانين من قصور عند غياب النص،"إذ يبقى القانون الطبيعي هو الملاذ الذي يلجأ إليه القاضي إن التمس الحل في قواعد القانون الوضعي فأعوزه النص...، فهو يوجه القاضي كما وجه المشرع إلى جوهر القانون، أي إلى العدل الذي ينبغي أن يسود."[2]

هذا هو الأصل و المطلوب ، إلاّ أن الغاية التي يرتسمها القانون الوضعي قد لا تمثل في جميع الحالات مثلا أعلى يحقق العدل، ذلك لأن معنى الغاية في القانون هو" تلك المصلحة التي يُراد بالقانون حمايتها و هذه المصالح قد لا تكون مثلا أعلى، كتغليب مصالح طبقة على أخرى...، فليس شرطا أن تكون غاية القانون مثلا أعلى أو أن يكون هذا المثل الأعلى هو العدل دائما...، لأن القول بذلك هو مجرد أمل لفقهاء القانون...فهم يأملون أن يتوجه القانون إلى المثل العليا أو إلى العدل بصفة خاصة."[3]

و هذا الفقيه الفرنسي فرانسوا تيري François TERRE يقرّ بصعوبة الاحتكام إلى القانون الطبيعي لما يكتنفه من غموض و إبهام و استعصاء على التطبيق، قائلا: " بما أن القاضي يتوجب عليه الفصل في النزاع، و أن القانون لا يمدّه عادة بالحل النهائي، فيلجأ هذا الأخير إلى اجتهاداته الخاصة المستوحاة من الإنصاف و مستلهما الحل من الفطر السليمة و الإحساس بالعدالة، و لكن مثل هذا الحل يفرز

---

[1]. د. حلمي محمد الحجار، المنهجية في القانون، ط2، سنة 2003، بدون دار النشر، ص: 37.

[2]. د.حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 120، حيث يتابع قائلا . في نفس الصفحة . عن القانون الطبيعي" أنه كان في الأصل فكرة فلسفية تجري بها أقلام الفلاسفة تعرضت بعد ذلك للتغيير و التبديل حتى صارت فكرة دينية إلى أن تحولت إلى فكرة قانونية و من ثمة اتخذها السياسيون في القرن الثامن عشر ميلادي، أداة لقلب الأنظمة الظالمة، حيث كانت الأساس للثورة الفرنسية و ما انبثق عنها من إعلان لحقوق الإنسان."

[3]. د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ط02/ 1993 (بدون دار نشر) ص:102.

سلبيات كثيرة: أحكام قضائية تحكمية، عدم انسجام في القرارات، لأن ما يمثل عدلا بالنسبة لشخص ما، قد لا يمثله لآخر."[1]

2. تعريف العدل في القانون الوضعي:

كما اهتم فلاسفة القانون بتعريف العدل و تضاربت التعاريف، على أن أهمها تعريف جوستينيان الذي قال فيه:" العدل هو حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، و التزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار".[2] كما جعله فلاسفة اليونان ثلاثة أصناف:

- عدل تبادلي، و هو المساواة بين ما يأخذه الفرد من غيره و ما يعطيه له.
- عدل توزيعي، و هو ما يحصل عليه الفرد من الجماعة بحسب الحاجات و القدرات.
- و عدل اجتماعي، و هو المساواة بين واجبات الأفراد نحو الجماعة بما يخدم الصالح العام.

إلاّ أن الفقه الحديث يتجه إلى دمج الأقسام الثلاثة في قسمين رئيسين:

- عدل خاص، و هو العدل الذي يكون بين الأفراد، أي العدل التبادلي.
- عدل عام، و يشمل العدل ألتوزيعي و العدل الاجتماعي.

و يتجه المذهب الفردي إلى تحقيق العدل الخاص، كما يسعى المذهب الاجتماعي إلى تحقيق العدل العام. لكن الواقع يُظهر أن الدول تأخذ بهما جميعا في قوانينها، لأن الاقتصار على أحد المذهبين يجعلهما غير صالحين لأن يكون أحدهما أساسا لتكوين القاعدة القانونية، بل يستوجب الأخذ بهما معا و التوفيق بين العدل الخاص و العدل العام، و هذا ما تتجه إليه الدول حاليا[3].

إلا أن هذا الرأي لم يجارهم عليه البعض من رجال القانون الذين يؤكدون" أن العدل حقيقة واحدة يمكن تعريفها بأنها المساواة بين متماثلين...، و هو أمر لا تحكمه فلسفة عامة كالمذهب الفردي أو المذهب الاجتماعي و إنما فيه مراعاة كل حالة على حدة."[4]

---

[1].TERRE François, Introduction générale au droit, 5ème édition, 2000,Dalloz . p : 247 « Puisque le juge doit juger et que la loi ne lui fournit pas toujours intégralement la solution, il aura recours à ses propres lumières, et l'on pourrait songer alors à lui permettre de statuer en équité, en s'inspirant du bon sens et du sentiment de justice. Mais une telle solution offrirait de sérieux inconvénients : l'arbitraire du juge, l'incohérence dans les décisions, car ce qui est équitable pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre. »

[2]. من مدوّنة جوستينيان في الفقه الروماني لعبد العزيز فهمي، نقلا عن د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 159

[3].. عبد الناصر العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة، ص:101، بتصرف.

[4]. د . عبد الناصر العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة، ص: 102.

نظريا يعتبر العدل بمفهومه العام و الخاص أساسا للقاعدة القانونية و العنصر الأهم في تكوين جوهرها، أما عمليا فكثيرا ما تصدر القوانين أحكاما ظالمة، مجانبة لمبادئ العدل السامية، و هنا تتوافر وسيلتين للتصدي لهذا الصنف من القوانين، الأولى: تحدّي السلطة بالقوة لإحلال العدل محل الظلم، و هذا شأن كل الثورات الشعبية في العالم، و الثانية: حل سلمي و هذا ما اتجه إليه الفقه الحديث، و هو الاعتماد على القضاء في شلّ القوانين الظالمة عن طريق الرقابة الدستورية أو الحد من مداها، بما يملك من حرية واسعة في التفسير.[1]

3. تقييم نظرية القانون الطبيعي من منظور الفقه الإسلامي.

إن تبيّن معالم العدل لا يقتصر على العقل وحده كما هو الشأن في استخلاص مبادئ القانون الطبيعي، لأنه كثيرا ما يجانب الصواب بدون وحي يرشّده و يصوّبه، فالعدل وكل القيم و المبادئ الأخلاقية " أمر مركوز في الفطرة و كمال تفصيله و تبيّنه موقوف على الرسل."[2]

كما أن مفهوم العدل لا يمكن تجزئته إلى عدل تبادلي و عدل توزيعي، لأن العدل حقيقة واحدة معروفة لدى جميع البشر، و على رجال القانون ألا يقتصروا في اجتهاداتهم على تحرّي العدل المجرد بل السعي الدءوب لتحقيق العدالة، و هي أوسع مفهوما من العدل، و هذا ما اتجه إليه الفقه الإسلامي أيضا، الذي ينشد العدالة لا مجرد العدل، عن طريق التضييق من نطاق الحالات التي لا يحقق فيها الحكم الشرعي العدالة،"حيث يُصار إلى الاستعانة بمصادر الاحتياط أو الاستثناء، كالاستحسان الذي يجيز للقاضي أن يوسع من نطاق فكرة العدالة، فيستثني بعض الجزئيات المعزولة عن القاعدة و يعتدّ بظروفها الخاصة و يعطيها حكما آخر تحقيقا للعدالة"[3] و الإنصاف في أوسع مجالاته، و مثاله أن القاعدة العامة تقضي بالنهي عن الغرر في العقود، فقد ثبت" أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر"[4]، و النهي يقتضي فساد أو بطلان العقد الذي يدخله الغرر، إلاّ أن المالكية أجازوه إذا كان الغرر يسيرا استحسانا، و" الغرر ما تردد بين السلامة و العطب...و الأقرب أن بيع الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا، ...قوله أو مقصود منه غالبا معطوف على حصول معناه

---

1. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص. 179، بتصرف.
2. ابن القيم الجوزية، شفاء العليل في مسائل القضاء و القدر و الحكمة و التعليل، دار الحديث، 1994، ص:643.
3. د. سمير عالية، علم القانون و الفقه الإسلامي، ص: 96.
4. رواه الجماعة إلا البخاري، نيل الأوطار، ص: 977، كتاب البيوع.

أو ما شك في مقصود من ذلك الشيء غالبا، احترز به من الغرر اليسير، كدخول الحمام مع اختلاف قدر الماء، فإنه لم يقع شك في المقصود منه غالبا"[1].

فالأصل فيه عدم الجواز للنهي الوارد في الحديث، لكن أجيز اليسير منه،" لأن المصلحة في تصحيح العقود تفوق مفسدة الغرر اليسير"[2]، و ضابطه " ما يُتسامح بمثله، إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه"[3] و هو نظر مصلحي في غاية الدقة و الأهمية، من شأنه رفع الحرج عن الناس في معاملاتهم حتى لا تعطل المصالح، و" لأن الحكم الشرعي لا يُكتفى فيه أن يكون موافقا لظواهر النصوص أو لمقتضى القياس أو القاعدة العامة، بل لابد أن يكون موافقا لمقصد الشرع، و هذا الأصل يوجب على المجتهد النظر في مآل العمل بالحكم"[4].

نستخلص أن مبدأ العدل في التشريع الإسلامي يتمثل في العناصر التالية:

1."المصلحة الواقعية الحقيقية المعتبرة شرعا، خاصة كانت أم عامة، باعتبارها مقصود الشارع من الحكم"[5]، و هي تلك التي توزن بميزان الشرع لا بميزان العقل وحده كما هو معتمد لدى أنصار القانون الطبيعي و لأن العقول متفاوتة في إدراك القيم و من بينها العدل كما قال الفقيه فرانسوا تيري" ما يعتبر عدل بالنسبة لشخص ما، قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر"[6].

و معنى كون هذه المصلحة "واقعية" أنها تمس حاجات الناس اليومية، فهي" تعني المطالب الحيوية للأمة و حاجاتها المتنوعة، في شتى مرافق حياتها...".[7]، كاحتياجاتهم المعيشية اليومية من غذاء و ملبس و وسائل النقل و توفير مناصب العمل و المرافق الصحية و التربوية و الإدارية...الخ.

2. أنّ تبيّن معالم العدل في التشريع الإسلامي، يتمّ عن طريق الاجتهاد في تحري مقصود الشارع من النصوص، من خلال قواعد أصول الفقه، وهو علم بيّن المعالم، منضبط القواعد، "ولا سبيل إلى تبيّن وجه العدل في النص إلا بالرأي اجتهادا، لأن عنصر المصلحة هذا، أمر عقلي محض لا نصي...و ليس

---

[1]. شرح حدود ابن عرفة، ص: 350 – 351.

[2]. د. سمير عالية، المرجع السابق، نفس الصفحة.

[3]. محمد بن محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ضبط و تصحيح: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، 2004، لبنان، ص: 987.

[4]. د. محمد فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت،1977م، ص:16

[5].د.فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرّأي في التشريع الإسلامي، ط1،بيروت:مؤسسة الرسالة،1977، ص:43.

[6]. أنظر نص كلامه في الصفحة: 08.

[7]. د. الدريني، مجلة الاجتهاد، ص: 644

مستفاد من النص مباشرة."[1]، وهذا ما يعين الناظر في النوازل قاضيا كان أو مفتيا أو حاكما للوصول إلى المصلحة المعتبرة شرعا التي تمثل العدل في أحكام الشارع و ليس مفهومه معنى ذهنيا أو فلسفيا مجردا، على النحو الذي رأينا عند فلاسفة القانون، حيث يصعب على القاضي استخلاصه عند حل النزاع.

المطلب الثاني: الأخلاق دعامة أساسية في التشريعات.

فرع ا: مفهوم القاعدة الأخلاقية.

يتضمّن الجانب المثالي في التشريعات إلى جانب مبدأ العدل، قواعد الأخلاق، و يقصد بها "مجموعة مبادئ تعتبرها غالبية الناس في المجتمع، قواعد سلوك ملزمة، ينبغي على الأفراد احترامها و إلاّ استحقوا سخط المجتمع و احتقاره"[2]، و معنى كونها ملزمة، أنها تشتمل على التزام أدبي، و لا يعني ذلك أنها مقترنة بجزاء مادي، و من أمثلة ذلك: الحث على مساعدة الفقراء و ذوي الاحتياجات الخاصة، و التمسك بالفضائل و الابتعاد عن الرذائل...إلخ. و من هنا تفترق القاعدة الأخلاقية عن القاعدة القانونية لكونها تفتقر للجزاء المادي، كما تختلف معها من حيث الغاية، إذ تهدف القاعدة القانونية إلى تحقيق غايات نفعية مثل حفظ النّظام العام في المجتمع، في حين" تُراعي القاعدة الأخلاقية أهدافا مثالية كالسمو بالفرد نحو الكمال"[3]، و يتضح هذا المعنى أكثر من خلال المثال التالي:

السرقة فعل يجرمه القانون و الأخلاق على حد سواء، إلاّ أن لكلّ منهما هدفا متباينا من وراء هذا التجريم، فالقانون ينظر إلى عواقب السرقة الاجتماعية، وما تخلفه لدى أفراده من الخشية المستمرة عن الأموال والممتلكات و تهديد دائم لأمن و استقرار المجتمع ، فهي عمل إجرامي ينافي غاية القانون، من حيث أنه يهدّد اقتصاد المجتمع من أساسه، و إشاعة الفوضى و انعدام الأمن و الاستقرار المادي، و لكونه يمس العصب الحيوي في المجتمع و ربّما أدّى تفاقم السرقات إلى انهيار الاقتصاد الوطني خاصة إذا مست هذه الجريمة أموال الدولة بالقطاع العام.

بينما تنظر الأخلاق إلى نفسية السارق و انحدارها إلى الرذيلة و إيذاء الغير في أموالهم و ممتلكاتهم و تهويلهم، فالسرقة ليست فعلا مجرّما لما يُفضي إليه من نتائج وخيمة على المجتمع فحسب و تنافي غاية

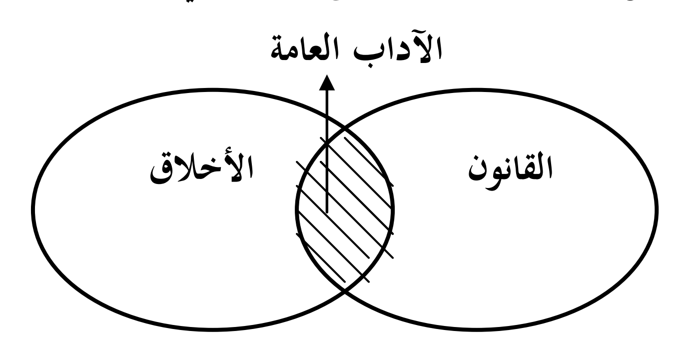
[1]. د. محمد فتحي الدريني، مجلة الاجتهاد، ص 642.

[2] . د. سمير عاليه، علم القانون و الفقه الإسلامي، ص : 102.

[3] . ا. د. سمير عالية، المرجع نفسه، ص: 104.

القانون الأساسية المتمثلة في استقرار و أمن المجتمع، بل يعتبر في نظر علم الأخلاق فعلا شائنا محرّما لذاته، يحمل قبحه في نفسه، و سواء أفضى إلى تهديد أمن و استقرار المجتمع أم لم يُفض إليه.

"و رغم التّمايز الواضح بين المجموعتين من القواعد، إلاّ أنّ ثمّة تداخل بينهما، حيث أن القانون قد يستلهم الكثير من قواعده من الأخلاق، "و لعلّ أروع مثال على تداخل الأخلاق مع القانون، تكريس المشرّع الوضعي لمبدأ إبطال الاتفاقات المخالفة للآداب العامّة"[1]، لذلك يمكن تمثّل تداخل القواعد الأخلاقية بالقانون على شكل دائرتين متقاطعتين، على النّحو التّالي:



تمثل منطقة التقاطع الحد الأدنى من الأخلاق التي استخدمها القانون و صاغها على شكل قواعد قانونية ملزمة، و يعبّر عنها بالآداب العامة، التي يقصد بها " الأصول الأساسية للأخلاق، الضرورية لكيان المجتمع و بقائه سليما من الانحلال، فليس يقصد بها كل قواعد الأخلاق...و إنما الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازما لوجودها...بحيث تفرض على الجميع احترامه و عدم المساس به أو الانتقاص منه"[2]، أما الجانب المتبقي من دائرة الأخلاق، فالقانون لا يعتدّ به، مثل: عدم تجريمه للمعاشرة الجنسية بين بالغين، غير متزوجين، مع رضاهما، خلافا للفقه الإسلامي الذي يحرم كل علاقة جنسية خارج إطار الزواج الشرعي،كما يبيح القانون بعض النشاطات غير الأخلاقية إذا تمّت بترخيص من الهيئات المختصة كحانات شرب الخمر، ونوادي القمار، و دور الدعارة، و يجيز أيضا الفوائد الربوية بنسب معيّنة في البنوك، رغم ما تسببه هذه المعاملات من غبن و حرج للمقترض و لما فيها من استغلال واضح لحالة الضرورة التي يوجد فيها المدين أو المقترض، إلا أن الفائدة إذا ما زادت عن النسبة المحددة من قبل القانون فإن العقد يقع تحت طائلة البطلان لمخالفته القانون و ليس الأخلاق، فتبيّن أن القانون لا يأخذ من الأخلاق إلا ما يخدم غاياته النفعية.

---

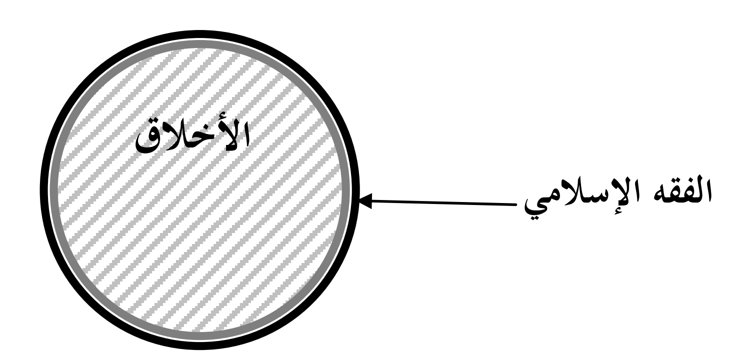
[1]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 34 / 35.

[2]. المرجع نفسه، ص: 51.

و تجدر الإشارة إلى أن النزعات الاجتماعية قد تركت بصمتها على القوانين الوضعية، حيث أخذت معظمها بمبادئ و نظريات ذات نزعة خلقية، مثل منع التعسف في استعمال الحق، وتقييد بعض الحريات حفاظا على مصالح الآخرين، "و إذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد و نظريات لها أصول من الأخلاق فهو لا يعتد في تقرير هذه القواعد و النظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السّمو و كمال النفس للفرد، إذ ليست هذه غايته، و لكنه يقرّرها لما تمثل من نفع للمجتمع، حين لا تجد الجماعة مناصا - لتماسك نظامها- من استلزام قدر معيّن من الأصول الأخلاقية كما هو الشأن في فكرة الآداب." [1]

فرع ب: الأخلاق في الفقه الإسلامي.

أما "الفقه الإسلامي بما أنه تشريع ذا صبغة دينية، يعتمد في قواعده على مصادر سماوية، تجعل للمثل العليا و الكمالات الخلقية المقام الأول في تشريعها"[2]، فالأخلاق في الإسلام تعدّ الدعامة الأساس في التشريع الإسلامي و من متمّماته، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:« بعثت لأتمّم حسن الأخلاق»[3]، فما من حكم شرعي إلاّ و هو مرتبط بمبدأ أخلاقي، و ما من خطاب شرعي إلا و ينطلق من مرجعية أخلاقية، و ما من قاعدة شرعية أصولية أو فقهية كانت إلا وهي منبثقة من معين الأخلاق، و يمكن تصوّر ذلك على الشكل التالي:



نُلاحظ أن دائرة الفقه الإسلامي- باللّون الأسود- تتطابق بشكل تام مع دائرة الأخلاق- ذات الخطوط الرّمادية - و لا وجود لأي تقاطع بينهما، حتى أن حدود الأخلاق تذوب في دائرة الفقه الإسلامي، ممّا يعني أن كل ما هو أخلاقي معتبر، و كل حكم شرعي إلاّ و له خلفية أخلاقية. مثل: واجب الامتناع

---

[1]. المرجع السابق، ص: 35.

[2].د. محمد فتحي الدريني، الحق و مدى تدخل الدولة في تقييده، ص:78.

[3]. رواه مالك بلاغا في الموطأ، كتاب الجامع، ما جاء في حسن الخلق، رقم:36 ، ص: 788.

عن التعسّف في استعمال الحق، الذي يعتبر واجب شرعي يفرضه الدّين و الأخلاق على حد سواء، فالفقه الإسلامي يجمع في تشريعه بطريقة فذّة بين الأحكام الشرعية و القواعد الأخلاقية، ممّا أكسب أحكامه قوّة معنوية و روحية تفوق قوّة الإلزام المادي.

المبحث الثاني : النزعة الواقعية في النّظامين الشرعي و الوضعي.

إن الفقه الإسلامي كأي قانون واقعي، نشأ في خضمّ هذا الواقع، لذلك لم يغفله في كل ما شرّع و لم يتجاهله فيما وضع من أنظمة و قوانين للفرد و هيئات الدولة، مثله مثل القانون الوضعي الذي يستقي من الواقع المادّة الأوّلية التي منها تصاغ القاعدة القانونية.

المطلب الأول : مظاهر الواقعية في الشريعة الإسلامية.

المقصود بالواقعية، البيئة التي تفرز النوازل و تلد المستجدات بكل ما تحويه من تشخصات الزمان والمكان و أحوال المكلفين النفسية و الاجتماعية و غيرها من الظروف المؤثرة، " أما واقعية المجتهد المعاصر فيُراد بها الواقع الذي يعيش فيه المجتهد، مجتمعيا واقتصاديا وسياسيا، والعلاقات المتشابكة والمتفاعلة في الداخل والخارج، ولهذا الواقع تفصيلات، يراد بها معرفة منجزاته ومكتشفاته وعلومه وفنونه وتكتلاته ونظمه وسائر متعلقاته. وهذا له تعلقه بالاجتهاد وبتقديم المقاربات الاجتهادية الأصيلة والمعاصرة."[1]

إن التشريعات الدينية و الوضعية، تراعي جميعها عنصر الواقع باعتباره محل تطبيق الأحكام، إذ يعتبر بمثابة الوعاء الذي ينزّل كل منهما على مفرداته غير المتناهية، و هو يلهم المجتهد بما يتبدّى له من مصالح أو احتياجات حيوية واقعية، يكون الناس في حاجة إليها أو ما شابه ذلك من أمور تدفعه إلى التفكير في إيجاد حلول شرعية لها عن طريق إعمال آلية الاجتهاد، قصد استنباط الأحكام الشرعية المناسبة لتلك الوقائع.

فرع ا: في مجال الفروع الفقهية:

الفقه الإسلامي ليس مجرّد أحكام نظرية، حبيسة الذهن يستعص النزول بها إلى أرض الواقع، كما سبق ذكره، و إنّما هي أحكام مستوحاة من خضمّ هذا الواقع، تعبر بصدق عن المصالح الحيوية للأفراد، و من الواضح أن المجتهد أثناء اجتهاده لا يقتصر على النظريات الذهنية المجرّدة، بل ينزل بها من أفقها التجريدي المحض إلى عالم الوقائع المشخصة.

[1]. الخادمي، نور الدين، مقال بعنوان " المجتهد المعاصر و حقوق الإنسان"، موقع: http://www.altasamoh.net

و من مظاهر هذه الواقعية في مجال التشريع،" أن الشريعة الإسلامية لم تحرّم شيئا يحتاج إليه الإنسان، كما أنها لم تبح له شيئا يضرّه...و راعت الفطرة الإنسانية انطلاقا من قدرة الإنسان وإمكانيته، و من دلائل الواقعية في التشريع الإسلامي أيضا ما نجده في أصوله...من المبادئ العامة من مراعاة سنة التدرج، التيسير و رفع الحرج، و اعتبار الضروريات بإباحة المحظورات و مراعاة الظروف الطارئة للإنسان كالمرض و السفر و نحوهما"[1]، و لذلك شرّعت الرّخص.

و لمزيد من البيان، هذان المثالان يوضحان دلائل الواقعية في التشريع الإسلامي، الأول حول القصاص و الثاني متعلق بالدّيون[2]:

1.ففي القصاص، يقول تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾[3]، بمعنى"العدل في القصاص-أيها المؤمنون-حرّكم بحرّكم و عبدكم بعبدكم و أنثاكم بأنثاكم، ولا تتجاوزوا و تعتدوا"[4] وذلك لأنه" ليس القصاص بلازم، إنما اللازم ألا يتجاوز القصاص و غيره من الحدود إلى الاعتداء، فأما إذا وقع الرضا من دون قصاص، من دية أو عفو فذلك مباح."[5]

إن تشريع القصاص كما يبدو من خلال الآية الكريمة، يساير منطق الواقع إذ يقرّ ما تطمئن إليه النفس البشرية من المماثلة في الجزاء، و هذا ينم عن النزعة الواقعية، و في نفس الوقت نجد الآية الكريمة تحث صاحب الحق إلى تجاوز الاقتضاء الدقيق لحقه بالعفو و الصفح، و هي نظرة تتسم بالمثالية التي تتشوّف الشريعة إلى تحقيقها بين أفراد المجتمع، فهو جمع فذ بين الواقعية و بين المثالية، بين الطلب في اقتضاء الحق و بين النّدب إلى التنازل عنه مع مجازاة صاحب الحق ماديا بالبدل المادي أي الدية و معنويا بالثواب

---

[1]. د. إسماعيل كوكسال، تغيّر الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت: لبنان،ط1/ 2000م ، ص: 118.

[2]. المثالين للدكتور الدريني في كتابه " الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده"، مؤسسة الرسالةط1977/2، ص:94- 96، ذكرهما على سبيل التمثيل و قمت بالتعمق في تحليلهما لإبراز واقعية الفقه الإسلامي.

[3]. سورة البقرة، الآية 178.

[4]. تفسير ابن كثير، ص: 232.

[5]. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: د. عبد الله عبد المحسن و محمد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت: لبنان، ط2006/1، ج3: ص: 66.

الجزيل في الآخرة ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾[1]،﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾[2]، ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾[3]. وكلها آيات كريمات تعد صاحب الحق بالخير الجزيل و الثواب الوفير في حالة ما إذا نأى بنفسه عن المطالبة بالاقتضاء الدقيق لحقّه في القصاص المبني على المحاسبة و المشاحة، تشوفا إلى نشر الفضيلة والقيم المثالية السامية في المجتمع و الارتقاء بالنفس البشرية إلى المقامات الخلقية العالية.

2.الأصل في مجال المعاملات المالية، استفاء الدّيون، بل يمكن للدّائن أن يقاضي المدين و يطالبه بالتّسديد إذا كان واجدا و تماطل عن الوفاء، و هذا أمر واقعي، يساير الفطرة البشرية في استيفاء الحقوق، ومن جهة أخرى يقول تعالى:﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾"[4]، حيث "يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء...ثم يندب إلى الوضع عنه، و يعد على ذلك الخير و الثواب الجزيل"[5]، فالآية الكريمة في حضها الدائن على إنظار المدين في حالة إعساره، ثم حثه على التصدق بالدّين على المعسر إذا كان غير واجد، إنما ينمّ عن النزعة المثالية التي ارتفعت عن مقتضيات العدل إلى مستوى الإحسان و الفضل، و هاتان النزعتان: الواقعية التي تتمثل في العدل و المثالية التي تنزع إلى الإحسان و الفضل تدعمهما الآية الكريمة:﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ [6]﴾.[7]

فرع ب: <u>في مجال الأصول</u>:

إنّ دلائل الواقعية لا تتجلى في الفروع الفقهية فحسب، بل تتضح معالمها أيضا من خلال أصول الشريعة، والمنهج الأصولي في الاجتهاد التشريعي دليل واضح على ذلك، حيث اتّسمت أصوله بالمرونة

---

[1]. سورة الشورى، الآية 40.

[2]. سورة المائدة، الآية 45.

[3]. سورة النحل، الآية 126.

[4]. سورة البقرة، الآية 280.

[5]. ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت، 1996، ج:1/ص:588.

[6]. سورة النحل، الآية 90.

[7]. د. محمد فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 94، بتصرّف.

والواقعية، وهو منهج يقتضي"المواءمة بين مقتضى النص التشريعي الظني الدلالة ومقتضيات الواقع المعاش معالجة له، وتقويما، على وفق مقاصد الشريعة الكلية، بما يحقق اعتبار الأحكام الجزئية في هذه المعالجة"[1]. فالعمل على وفق مقاصد الشريعة يوجب على المجتهد النظر إلى المآل، و هو تعامل مباشر مع الواقع فيما هو متوقع، أي في المستقبل القريب أو المتوسط أو البعيد،كالاستحسان الذي يكون سنده المصلحة أو الضرورة، و سد الذرائع، الذي يعدّ من أصول الاحتياط أو الاستثناء، التي بموجبها يتم صرف الحكم عن دائرة التطبيق، و إن كان في الأصل مشروعا، إذا ما أسفر عن مآل فاسد.

و تعمل قواعد الاحتياط في الشريعة الإسلامية وفق عمليتين عكسيتين:

الأولى: الاستثناء من أصل الحل العام، حيث يعمد المجتهد إلى استبعاد الحكم و لو كان في الأصل مباحا، و هذا حال سدّ الذرائع، الذي بموجبه يتم النظر إلى مآل الأفعال و ربطها بمقاصد الشريعة، دون النظر إلى البواعث النفسية، فبمجرد الاشتباه في حياد الفعل عن المقصد الشرعي، يوجب المنع و لو كان في الأصل مشروعا.

الثانية: الاستثناء من أصل المنع، و هي عملية عكسية لسابقتها، حيث يتم بموجبها إباحة الفعل غير المشروع في الأصل، إما للمصلحة أو للضرورة أو لرفع الحرج، و هو نظر مصلحي واقعي، يوائم بين طاقة المكلف في تحمل التكاليف و ما يفرزه الواقع من عوارض قد تصرف الحكم الشرعي عن مقصده في جزئية من جزئيات القياس العام، كأصلي الاستحسان و مراعاة الخلاف و فتح الذرائع.

المطلب الثاني: مظاهر الواقعية في القانون الوضعي.

القانون باعتباره علم واقعي، لا يمكن تصوره بمعزل عن الحياة الاجتماعية للأفراد و الجماعات، و هو الذي نشأ في خضم هذا الواقع، و منه يستمد مادته الأوّلية، فهو لم ينشأ من فراغ، لأن القاعدة القانونية " هي قبل كل شيء قاعدة اجتماعية، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التي تتكون فيها، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع و ما يوجهها من مثل إنّما تقدم المادة الأوّلية التي تُصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق في نطاق العمل"[2]، مؤدّى ذلك، أن القانون يرتكز على عنصرين: عنصر المثل الأعلى، وعنصر الواقع.

فرع ا : بنية القاعدة القانونية.

[1]. د. محمد فتحي الدريني، مجلة الاجتهاد، ص: 213.

[2]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 94.

تتكون بنية القاعدة القانونية من عنصرين أساسين: عنصر الواقع و عنصر المثل الأعلى.

أولا: عنصر الواقع: يتضمن حقائق علمية تخضع للمشاهدة و التجربة، لا يمكن استخلاصها إلا بإتباع المنهج العلمي التجريبي، و تتمثل في الحقائق الأربع:

1.الحقائق الطبيعية:"تتكوّن من ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة...قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الإنسان العضوي، و قد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النّزعات الأخلاقية أو الشعور الديني، و قد تكون مجرّد ظروف اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية".[1]

2. الحقائق التاريخية: تتمثل في النظم القانونية المختلفة التي تعاقبت على الجماعة، ومن شأنها توجيه سلوك الأشخاص، و"هي بهذا الوصف-كخبرة صقلها الزمن- تدخل في الاعتبار عند تكوين القاعدة القانونية".[2]

3. الحقائق العقلية: هي قدرة العقل الإنساني على الملائمة بين الحقائق الواقعية و الحقائق التاريخية لتحقيق غاية القانون.

4.الحقائق المثالية:"و هي المثل العليا التي يرى الإنسان في العمل بها سمو القانون و النهوض به إلى الكمال".[3]

هذه الحقائق ما هي سوى المادة الأوّلية التي تتشكل منها القاعدة القانونية، والتي تلتزم بها السلطة المختصة بالتشريع عند سنّ القوانين، إلى جانب المثل الأعلى، و عدم إعمال هذه العناصر يؤثر سلبيا على القوانين التي غالبا ما تخرج جائرة مجانبة للعدل.

و تجب الملاحظة أن القاعدة القانونية بجميع عناصرها لا تعد من مسائل الواقع، حتى و إن كانت في أصل وضعها التشريعي عبارة عن أنموذجا لما يتصوره المشرع من وقائع يراد حكمها بهذه القاعدة.

و لذلك، فإن القواعد القانونية بمجرد صدورها ونفاذها تنفصل عن الواقع الذي استمدت منه وجودها وتسمو عليه لاكتسابها صفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والإلزام، و تظل بوصفها المتقدم صالحة لحكم الواقع الذي يمثل مجرد فروض خاصة تفتقد لصفة العمومية و التجريد.

ثانيا: عنصر المثل الأعلى.

---

[1]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 142.

[2]. د. حسن كيره، المرجع نفسه، ص: 157.

[3]. د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ص: 95.

بعد تقرير الواقع عن طريق المشاهدة، يُجرى تقويم لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى، يتعيّن به الواجب في شأن هذا الواقع – ما يجب و ما لا يجب- وهو غاية في ذاته،"يتصورها و يستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة و التجربة، و يفرضها كمثل أعلى فرضا مسلما لا يقبل النقاش"[1]، و هذا هو دور القاعدة القانونية، فبعد تسجيل لما يفرزه الواقع من حقائق، تقوّم هذا الواقع بإصدار أحكام تقويمية بشأنه، أي بإضفاء قيمة عليه بالقياس على مثل أعلى، و من هنا، يقرر القانون ما هو كائن و يقوّم ما ينبغي أن يكون.

و تجدر الملاحظة، أن مضمون المثل الأعلى لا يمثل في كل الحالات العدل أو الأخلاق اللذان ذكرا آنفا، بل قد يمثل مصالح طبقة معيّنة في المجتمع رجحت في تقدير المشرع و ارتأى سن قوانين لحمايتها باعتبارها المصلحة الجديرة بالحماية، على أساس أن القانون يرجح بين المصالح المتعارضة و يبسط حمايته على المصلحة الغالبة بغض النظر عن كونها تهدف لتحقيق العدل أو عكسه.

فرع ب : <u>خاصية الواقعية وتبرير الواقع</u>.

هل الواقعية تبرير للواقع؟ ما هو ضابط هذه الخاصية؟ و إلى أي مدى يمكن مسايرة هذا الواقع في كل ما يفرزه من نوازل و مستجدات ؟

تقتضي الإجابة عن هذه الأسئلة التطرق إليها من ناحيتين، الأولى نظرية و الأخرى عملية:

فمن الناحية النظرية: من المعلوم أن الشرائع السماوية و كذا القوانين الوضعية، تسعى جميعها لإصلاح الواقع الفاسد لا مسايرته أو تبريره باعتبارها المرجع الذي يُحتكم إليه، فالفقه الإسلامي و انطلاقا من مصدره الديني، الذي يعتمد أساسا على قواعد الأخلاق و المثل العليا في تشريعه، فإن غاياته تصبح كذلك، إذ يتشوّف من خلالها بلوغ أسمى المقامات الخلقية و السمو بالروح الإنسانية إلى أعلى مراتب الكمال، إلى جانب أهدافه النفعية أيضا، المتمثلة في الوفاء باحتياجات الناس، و تحقيق مصالحهم الواقعية.

فالفقه الإسلامي بهذا الاعتبار هو فقه ذو صبغة دينية أخلاقية، مما جعل أثر هذه القيم الأخلاقية يتجلّى بوضوح في الواقع القائم، كتقييد الحقوق إذا أصبح لها مآل ممنوع، مثل الإضرار بالغير، فلم يقرّ هذا الوضع و لم يساير الواقع المريض، بل قيّد الحق و إن كان في الأصل مشروعا، ومن هنا كان الفقه الإسلامي سباقا لتأصيل نظرية " التعسف في استعمال الحق".

---

[1]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 135.

و من مظاهر عدم قبوله للواقع القائم، نفي الضرر عن الناس، أو الغلو الذي ينجم عن اطراد القياس العام أو القواعد العامة، و ذلك بإزالته بواسطة آلية الاستحسان، مع أن القياس كان هو أيضا في الأصل مشروعا و كان يحقق للناس مصالحهم، ولكن لما سبّب حرجا أو غلوا في جزئية من جزئياته، أُزيل من تلك الجزئية رفعا للحرج و نفيا للضرر عنهم.

القانون الوضعي أيضا لا يختلف عن الفقه الإسلامي في هذه الخاصية، فالأصل في القاعدة القانونية، أنها تقويمية، قبل أن تكون تقريرية، بمعنى أنها لا تقرر الواقع كما هو بل تسعى إلى إخضاعها إلى قيمة معينة تضفيها القاعدة القانونية تمثل الغاية من القانون، خلافا لقوانين الطبيعة التي تقرّر الواقع و تبرره بواسطة المنهج العلمي التجريبي كما هو، "فهي تفترض أولا واقعا يُراد تعيين ما يجب منه و ما لا يجب، و ثانيا، تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى، تقويما يتعيّن به الواجب في شأن هذا الواقع"[1]، فالقاعدة القانونية إذن، تقوّم الواقع وفق الفكرة الأيديولوجية السائدة في المجتمع، و هي أيضا لا تبرر الواقع إذا ما تعارض مع هذه الفكرة التي تمثل النظام العام في الدولة.

هذا من الناحية النظرية أما من الناحية العملية، فالأمر مختلف تماما، لقد أقرّت بعض الدول الغربية قوانين مخالفة للفطر السليمة و حتى لمثلهم العليا نفسها، منها القوانين التي تبيح ما يطلقون عليه "زواج المثليين"، تحت عنوان حقوق الإنسان و تقديس الحريات العامة، وهو كما يبدو خرق صارخ لكل القوانين والأعراف والشرائع السماوية وحتى نواميس الطبيعة، فهذا أمر تأنف منه حتى الحيوانات التي لا عقل لها، والقانون الذي يبيح الإجهاض مطلقا، و فيه إقرار صريح لقتل النفس البشرية، والقوانين التي تمنع إظهار الرموز الدينية تحت غطاء عدم خرق النظام العلماني، و فيه تعدّي موصوف على حقوق الأقليات، والحق في الاعتقاد و الحرية الدينية، و في كل ذلك مخالفة صريحة حتى لمثلهم العليا.

هذه النماذج ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، تبين بجلاء رضوخ المشرع الوضعي في دول الغرب لرغبات وضغوط فئة في المجتمع، قد تكون صغيرة إلا أنها مدعومة من قِبل جماعات ضغط قوية و فاعلة في المجتمع، و هو تبرير واضح لهذا الواقع المريض بكل تعفّناته و سلبياته، و ضرب بعرض الحائط للمثل العليا ومبادئ العدل و كل القيم الأخلاقية العالمية، في حين كان الأولى الانكباب على دراسة أسباب هذه الانحرافات و تشخيص الداء بدلا من الانجرار ورائها و إقرارها.

---

[1]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 151.

هذا الأمر شبيه أيضا بما وقع في فتاوى بعض العلماء المسلمين من تبرير أعمال بعض الحكام دعما لمواقفهم المخالفة للشرع و تبريرها بإعطائهم غطاء دينيا، كالفتاوى التي تحلل الربا، أو تلك التي تجيز استقدام قوات عسكرية أجنبية لاستعمار أوطان المسلمين، أو تلك القوانين التي تحرم تعدد الزوجات و تعتبره جريمة مُعاقب عليها أو تمنع الطلاق أو تجيز الإفطار في رمضان لعمال بعض القطاعات الصناعية لزيادة الإنتاجية...الخ، كل هذا يعتبر تبرير و مجاراة لواقع مريض، فلا يجب أن يكون همّ المجتهد في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي" تبرير الواقع باسم المرونة و التطوّر أو إعطاء هذا الواقع سندا شرعيا بالتعسف و سوء التأويل، فإن الله لم ينزل الشريعة لتخضع لواقع الحياة، فالشريعة هي الميزان و هي الحكم العدل"[1]، لأن الاجتهاد في مجاراة الواقع بكل ما يحمل من سلبيات"اجتهاد مردود لأن الأصل خضوع الناس للشريعة، لا تطويع الشريعة لرغباتهم المتقلبة"[2].

و من هنا يجب التنبيه إلى أن مراعاة الواقع لا تعني مسايرته و إخضاع الفقه أو القانون لمتطلباته، بل تستوجب على المجتهد الالتفات إليه خلال عملية تنزيل الأحكام و إعماله باعتباره محل وقوع الحكم و ركن من أركان الاجتهاد ألتنزيلي، و هذا يتطلب من المجتهد أن يكون على جانب كبير من الخبرة و الفطنة و الذكاء ليتفحص مكونات الواقع، "و ما كل ما يتضمنه الواقع من صفات الأعيان معتبرة، إذ بعض تلك الصفات تكون طردية لابد من إلغائها بالإبطال"[3]، فيستثنها عن دائرة الحكم، و يدرج الأوصاف المعتبرة تحت أصل عام، مراعيا مقاصد الشريعة، ولعلّ عدم الالتزام بهذا المنهج هو ما أسهم في خروج مثل تلك الفتاوى التبريرية لدى العلماء المسلمين.كما يمكن إرجاع مصادمة تلك النماذج من القوانين الوضعية - التي ذكرت آنفا- للمثل العليا و مبادئ العدل و الفطر السليمة، إلى كون هذه المثل متغيرة لا تثبت على حال، و يكتنفها الكثير من الغموض" فهي تتغير بتغير الزمان والمكان لأن ما تراه الجماعة في زمن معيّن مثلا أعلى قد لا تراه في زمن آخر أو جماعة أخرى مثلا أعلى"[4]، لذلك كان الأصل الذي يقيسون عليه – أي الخلفية القانونية و المرجعية التي يحتكمون إليها– هو نفسه متغير غير ثابت و هذا هو حال النظام العام الذي يظل فكرة فلسفية غامضة المعالم غير مستقرة.

---

1. إسماعيل كوكسال، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت: لبنان، 2000م، ص : 72.
2. المرجع السابق ، ص: د، من مقدمة أ.د أبو لبابه حسين لرسالة د. إسماعيل كوكسال.
3. د. أبو ياسر سعيد بن محمد بيهي، التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، ص: 208.
4. د. عبد الناصر توفيق العطار، المدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ط2، ص: 95.

المبحث الثالث: الواقع و الاجتهاد ألتنزيلي:

يقتضي الحديث عن الواقع، بيان و توضيح - بالقدر الذي يخدم الموضوع- ماهية الاجتهاد التنزيلي لارتباطه الوثيق بالواقع باعتبار هذا الأخير محل وقوع الحكم و المجال الذي تتم فيه العملية التنزيلية، فأتحدث عن الواقع في المطلب الأول، و عن الاجتهاد التنزيلي في المطلب الثاني، مع بيان طبيعة العلاقة بينهما.

المطلب الأول: المقصود بالواقع و أدلة اعتباره و آليات فهمه.

قد لا يحتاج الواقع في تصوّره إلى حد أو تعريف، فهو من المسلمات المعلومة عند الجميع و أمر بديهي قد لا تختلف العقول في تصوّره أو إدراكه،" إنما غاية الحد التنبيه على تصوّر المحدود من كان غافلا عنه"[1].

فرع ا: المقصود بالواقع و أدلة اعتباره.

أولا. التعريف اللغوي: تحتمل كلمة واقع ثلاث معاني، الأول: الموضع الذي يقع عليه الشيء و الجمع فيه مواقع، الثاني: الثبوت ثبوت الشيء وسقوطه، والثالث: الوجوب وقع القول و الحكم إذا وجب، قوله تعالى:﴿وَإِذَا وَقَعَ ٱلۡقَوۡلُ عَلَيۡهِمۡ أَخۡرَجۡنَا لَهُمۡ دَآبَّةً مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ تُكَلِّمُهُمۡ أَنَّ ٱلنَّاسَ كَانُواْ بِـَٔايَٰتِنَا لَا يُوقِنُونَ[2] ﴾ و الواقعة الداهية و النازلة من صروف الدهر،و هي اسم من أسماء القيامة.[3]

ثانيا.التعريف الاصطلاحي: يختلف تعريف"الواقع" باختلاف التخصص أو المجال المقصود تعريفه إلاّ أن"من أجمع التعريفات الشاملة لكل أنواع الواقع و أفراده ما عرّفه به العلاّمة صديق حسن خان[4]:
" الواقع هو ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه مع قطع النظر عن إدراك المدركين و تعبير المعبرين."[5]

---

[1]. التأصيل العلمي لفقه الواقع، ص: 193.

[2]. سورة النمل، الآية 82 .

[3]. ابن منظور، لسان العرب، ص: 08/ 402- 403.

[4]. هو محمد صديق بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنّوجي، أبو الطيب، ولد سنة 1248هـ،و نشأ بقنوج بالهند، له نيّف و ستون مصنفا بالعربية و الفارسية و الهندية، من مؤلفاته: أبجد العلوم، و فتح البيان في مقاصد القرآن في التفسير و لف القماط في اللغة، و حصول المأمول من علم الأصول و غيرها، توفي رحمه الله سنة 1307هـ. الأعلام 36/07.

[5]. د. التأصيل العلمي لفقه الواقع، ص: 163.

و التعريف كما يبدو شامل لكل أنواع الواقع، و هو معنى عام ينطبق على جنس الواقع الذي تنضوي تحته كل أنواعه و أفراده، كما يلتقي مع المعنى اللغوي، الذي يعرف الواقع على أنه الموضع الذي يقع عليه الشيء.

أما أخص من هذا المعنى، فلقد عثرت على بعض الإشارات في كتب المتقدمين، و ليست تعريفات بالمعنى المقرر في علم المنطق و التي تجعل الواقع مصطلحا محددا، ربما لأن شيوع المعنى قد أغنى عن بيان حده.

فقد ورد عن الشاطبي[1]رحمه الله بمناسبة التعريف بتحقيق المناط، قوله:"...لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع."[2]، والمقصود بالموضوع، موضوع الحكم، أي محل وقوعه على ما هو عليه في الواقع، بكل تشخصاته الزمنية و المكانية و أحوال المكلفين، لا بصفته المجردة المطلقة.

كما ذكره ابن قيم الجوزية، في سياق الحديث عن شروط المجتهد إذ قال: " و لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما .

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده، واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا"[3]، أي بمعرفة الواقع والتفقه فيه نتوصل إلى معرفة حكم الله ورسوله، و المقصود فهم الحكم المراد تنزيله في إطار ظروف و ملابسات النازلة.

---

[1].أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، نسبة إلى شاطبة بالأندلس، مؤسس علم مقاصد الشريعة، الإمام الحافظ المجتهد من أكابر المحققين فقها و أصولا و عربية و غيرها، له الموافقات في أصول الفقه و الاعتصام في البدع و شرح بيوع البخاري و غيره، كان شديدا على أهل البدع، و كان يناظر ابن عرفة و ابن لب و يظهر عليهما في فتاويه توفي في سنة 790هـ رحمه الله.شجرة النور الزكية 332/01،الفكر السامي82/04، الأعلام: 71/01.

[2].الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات، تحقيق:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، السعودية: دار ابن عفان، ط1997/1، ، ص: 128/05.

[3]. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج 1، ص : 69.

و يُعرّف الواقع أيضا على أنه:" ما تجري عليه حياة الناس المختلفة من أنماط في المعيشة و ما تستقر عليه من عادات و تقاليد و أعراف و ما يستجد فيها من نوازل و أحداث."[1]

بعد إنعام النظر في هذه الأقوال، نستخلص أن ذكر كلمة " واقع "، جاءت في سياق الحديث عن الاجتهاد أو شروط المجتهد في باب الفتوى أو القضاء، فكان المقصود من هذه الكلمة فقه الواقعة التي يُراد الحكم فيها، وهو واقع مخصوص لا مطلق الواقع، وهذا هو المعنى الخاص للواقع.

نستخلص مما ذكر أن للواقع وجودا حقيقيا يمثل الحيّز الذي تتفاعل فيه كل المعطيات التي أدت إلى إفراز النازلة حالا و مآلا، و قد يطلق الواقع أيضا "على واقع مستقبلي إذا كان وقوعه في المستقبل لا يرقى إليه شك، كما في قوله جلت قدرته :

﴿ إِنَّمَا تُوعَدُونَ لَصَادِقٌ ۝ وَإِنَّ ٱلدِّينَ لَوَاقِعٌ ۝﴾[2]، و قوله تعالى:﴿ إِنَّ عَذَابَ رَبِّكَ لَوَاقِعٌ ۝ مَّا لَهُۥ مِن دَافِعٍ ۝﴾[3]"[4].فهذا التوقع هو في الحقيقة " اصطلاح جديد، و إن كان حديثا بالنوع قديما بالجنس، فالمجال الذي يغطيه فقه التوقع هو مجال تغطيه الذرائع و المآلات"[5]، وبناء عليه، يمكن اقتراح التعريف التالي:

«الواقع هو نازلة محتفة بتشخصات لها أثر مباشر في تبين حكمها حالا و مآلا».

أ. شرح التعريف:

"نازلة":مسألة مستجدة وقعت بين الناس في إطار خصومة قضائية أو مسألة استفتائية.

"محتفة بتشخصات":أن تكون مشخصة ببعديها ألزماني و المكاني، نابعة من المحيط الذي نشأت فيه بكل تراكماته الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية .

"ذات أثر مباشر في تبين الحكم":أي اعتبار ما اتصل بالواقعة من أوصاف معتبرة و إبعاد الأوصاف الطردية، فليس كل أفراد الواقع تهم المجتهد و إنما ما كان له تأثير مباشر في معرفة حكم النازلة.

---

[1]. د.النجار، عبد المجيد، في فقه التدين فهما و تنزيلا، كتاب الأمة، رئاسة المحاكم الشرعية و الشؤون الدينية، قطر، ط1، ج1، ص: 111/ 112.

[2]. الآيتان 5 و 6 من سورة الذاريات.

[3]. الآيتان 7 و 8 من سورة الطور.

[4]. الشيخ عبد الله بن بيه، مقال بعنوان "الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع و التوقع في فقه الأقليات"، ورشة عمل للمركز العالمي للتجديد والترشيد بلندن، والمركز العالمي للوسطية بدولة الكويت، الموقع: http://www.binbayyah.net/portal/

[5].ع. بن بيه،"الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع و التوقع"، الموقع: http://www.binbayyah.net.pdf

"حالا و مآلا": أن النظر في النازلة ينبني على مراعاة الواقع الحاضر و المستقبلي بإعمال مسالك النظر إلى المآل.

ب.فالواقع الذي يبحث عنه الفقيه، هو هذا الواقع المخصوص:

إنه الواقع الذي يحقق العلاقة بين الأحكام وبين الوجود المشخص، أي ثابتة ثبوتاً حقيقيا يتيح تنزيل خطاب الشارع على هذا الوجود سواء كان جزئيا أو كليا فرديا أو جماعيا، وذلك يفترض مراحل تبدأ من ثبوت حكم موصوف لتنزيله على واقع مشخص معروف. فالواقع المطلوب فقهه هو الواقع المحكوم فيه والمحكوم عليه؛ لأن المحكوم به هو ما سماه ابن القيم "الواجب في الواقع"، وهذا هو الحكم الشرعي الباحث عن محل مشخص.

وهكذا يكون هذا الواقع مفتاحاً لتعامل الفقيه مع الأشياء والأشخاص، فالذي يقول عن النقود الورقية "إنها ربوية" فهو يبحث عن واقع معين هو الثمنية مثلا، وعن التين أو الموز فهو يبحث عن الطعمية أو الاقتيات أو الادخار، وهو بحث في الأولى عن الوظيفة، وفي الثانية عن الطبيعة، ولقبول شهادة شخص في حق فهو بحث عن صفة خلقية، فقد يكون مناط الحكم صفة معنوية كالعدالة لتحقيقها في شخص معيّن لترتيب أحكام الشهادة[1].

ثالثا.المقصود بالواقع في القانون الوضعي:

من المقرر قانونا أن القاعدة القانونية لا تنشأ من فراغ، فعنصر الواقع يدخل في تشكيل بنيتها، إلى جانب عنصر المثل الأعلى المتمثل في غايات القانون أو المصالح الجديرة بالحماية القانونية، وهو بذلك يكوّن الأرضية التي تمدّ المشرع الوضعي بالمعطيات الأولية التي من خلالها يتم صياغة القاعدة القانونية، لأنها قبل كل شيء قاعدة اجتماعية تنبع من عمق المجتمع.

يتشكّل عنصر الواقع من الحقائق العلمية التجريبية التي يمكن ردها إلى" عوامل طبيعية كالظروف المحيطة بالناس، مادية كالظروف الجغرافية أو التكوين العضوي للإنسان، أو معنوية كالحالة الدينية و الخُلقية و التكوين النفسي للإنسان، و قد تكون الظروف اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية."[2]

هذه الحقائق تخضع للمشاهدة و التجربة أي أنها محكومة بالمنهج العلمي التجريبي، و هي" مادة القانون الأولى و جوهره فهي البيئة التي يتكوّن فيها القانون، فمثلا: وجود جنسين: ذكر و أنثى هو حقيقة

[1]. الشيخ عبد الله بن بيه، الموقع السابق، بتصرف.

[2].د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ص : 94.

واقعية يؤدي إلى تنظيم عقد الزواج الذي ينبني على حقائق التكوين الجثماني و الحالة النفسية و العاطفية لكل من الرجل و المرأة و التي تختلف في كل منهما ممّا يؤدي إلى اختلاف مراكزهما القانونية في هذا العقد، كما أن المناخ له أثر في تحديد سن الزواج ..."[1].

هذا عموما و بمعنى أكثر خصوصية، يمثل عنصر الواقع، واقع النزاع أي العناصر أو الوقائع المكوّنة للواقعة موضوع المنازعة المعروضة أمام القاضي، و هذا هو الاصطلاح الذي يقصده رجال القانون و هو عبارة عن الظروف و الملابسات المحيطة بالقضية موضوع النزاع، حيث يباشر القاضي فحصها و تقديرها و أخذ بعين الاعتبار ماله تأثير مباشر في تكييف القضية، أي" الوقائع ذات دلالة ويستخلص النتائج التي تترتب على تطابق القانون مع الوقائع"[2]،و يظهر أثر ذلك عند صدور الحكم، حينما يأخذ القاضي في تقرير حكمه بالظروف المخففة أو المشددة و هي مراعاة و إعمالا للواقع المحيط بالقضية محل النزاع.

يتضح أن، الواقع في القانون الوضعي له معنى عام يشمل كل المعطيات التي تساهم في تشكيل القاعدة القانونية، و معنى خاص متعلق بوقائع النزاع القضائي و هو بهذا المعنى الأخير يلتقي مع المعنى الخاص في الفقه الإسلامي.

الفرع ب: أدلة اعتبار الواقع.

أ.في الفقه الإسلامي: يتجلى منهج التشريع الإسلامي في التعامل مع الواقع من خلال مظهرين:

الأول:تغيير الأحوال الفاسدة، لأنها تتضمن إعدام الحق الموجود في الفطرة أو تنقصه[3]،" وهذا المقام هو المشار إليه بقوله تعالى:﴿ ٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ يُخۡرِجُهُم مِّنَ ٱلظُّلُمَٰتِ إِلَى ٱلنُّورِ﴾[4]و قوله : ﴿وَيُخۡرِجُهُم مِّنَ ٱلظُّلُمَٰتِ إِلَى ٱلنُّورِ بِإِذۡنِهِۦ وَيَهۡدِيهِمۡ إِلَىٰ صِرَٰطٖ مُّسۡتَقِيمٖ﴾[5]،و قد يكون التغيير إلى شدة على الناس رعيا لصلاحهم، و قد يكون تخفيف إبطالا لغلوهم"[6]، بحسب ما تقتضيه أحوالهم.

و من مظاهر عناية القرآن بمعالجة و تغيير فساد الواقع الإنساني، دعوة النبي شعيب عليه السلام، التي ارتبطت بمشكلة اقتصادية مسّت واقع الناس آنذاك، إذ كان التجار يطففون في الميزان و يأخذون من

---

[1].د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص، ص : 183.

[2].أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص : 51.

[3]. التأصيل العلمي لمفهوم الواقع، ص : 369.

[4]. سورة البقرة، جزء من الآية 257.

[5]. سورة المائدة، جزء من الآية 16.

[6]. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص:102.

أموال الناس ما لا حق لهم فيه، و هذه مشكلة واقعية عانى منها الناس و تضرّروا من جرّائها، تسببت لهم في أزمة اقتصادية أخلّت بالتوازن المالي في المجتمع، و جعلت الناس لا يطمئنون على أموالهم، و دعوة النبي لوط عليه السلام، التي ارتبطت بمشكلة أخلاقية هزّت كيان مجتمع بني إسرائيل من أساسه و أدت إلى تفكك الأسر، بل تسببت في انهيار المجتمع من أساسه، و كانت طبيعة تلك الأزمة شبيهة بالأزمة الأخلاقية التي يعيشها الغرب اليوم، فكانت فعلا مشكلة عانى منها الناس و تضرّر واقعهم من جرّائها.

الثاني: يتمثل في إقرار الصالح من أحوال الناس لأنه مما تقتضيه الفطرة وهو"المقام الثاني: تقرير أحوال صالحة قد اتبعها الناس و هي الأحوال المعبر عنها بالمعروف"[1]، مثل إقرار بعض العادات والتقاليد التي لا تعارض نصوص الشريعة الإسلامية وكذا بعض الأخلاق الحميدة التي كانت موجودة عند العرب منذ الجاهلية كالجود و الكرم والشجاعة وحب الإيثار وصدق الحديث...الخ.

إضافة إلى ذلك، نجد القرآن الكريم يتدخل في كثير من جزئيات الواقع المسلم بكل ما يحمله من مشاكل و تساؤلات، بحيث كان قسم من آياته تتنزل عقب واقعة أو سؤال و هو ما سماه العلماء بأسباب النزول، و هي دليل آخر على أن هذا الدين واقعي و يعالج الواقع، كما أن الطريقة التي نزلت بها آيات الأحكام بالتدرج، مسايرة لواقع نفسية الناس آنذاك الذين لم يستطيعوا استقبال تكاليف الأحكام جملة واحدة فكانت سنة التدرج حتى تتعود نفسيتهم على هذه التكاليف الجديدة[2]، "فالحكمة في نزول القرآن منجما هو علاج للواقع و واقع النفسيات البشرية آنذاك"[3].

كما ثبت عنه صلى الله عليه و سلم، أنه وجهت إليه أسئلة " عن أفضل الأعمال فأجاب بأجوبة مختلفة...تختلف باختلاف السائل و حاله و باختلاف الوقت و حاجة الناس في ذلك الوقت إلى إبراز عمل معيّن أو التأكيد على عمل أكثر من غيره".[4]

فمن أفضل الأعمال ذكر مرة: الجهاد في سبيل الله،[5]و مرة أخرى ذكر طول القيام[1]، وكجوابه عليه الصلاة و السلام للرجلين اللذان سألاه عن قبلة الصائم، فرخص لأحدهما و نهى الآخر، فقد ثبت " أن

---

[1]. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، نفس الصفحة.

[2]. ومثاله، تحريم الخمر، الذي جاء متدرجا على مراحل.

[3]. محمد الوكيلي، فقه الأولويات، دراسة في ضوء الضوابط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1997، ص: 176.

[4].د.حسن مطاوع الترتوري،فقه الواقع دراسة أصولية فقهية،مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع9،أوت/سبتمبر 1997،ص: 78

[5]. مسلم بشرح النووي، حديث رقم: 135 كتاب"الإيمان"، باب: بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، ص:95/02.

رجلا سأل النبي صلى الله عليه و سلم عن المباشرة للصائم، فرخص له، و أتاه آخر، فسأله فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ، و الذي نهاه شاب."[2]

كل ذلك، مراعاة لواقع النفسيات و البيئات، و هذا ما حدا بالصحابة و من جاؤوا بعدهم بالاعتناء بالواقع، تأسيا منهم بمعلمهم الأول صلى الله عليه و سلم و مجاراة لعرف الشارع المقدس في تقرير الأحكام.

كما سار على درب الصحابة الأئمة الأعلام رحمهم الله، حيث أعملوا الواقع كعنصر أساس في العملية الاجتهادية الاستنباطية و التنزيلية، باعتباره محل تنزيل الحكم، و أضرب لذلك مثالين:

زكاة الفطر: ذهب الحنفية إلى جواز إخراج القيمة من زكاة الفطر و لم يتقيدوا بحرفية نص حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم « زكاة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من شعير على العبد و الحرّ و الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير من المسلمين...»،[3]مستدلين على موقفهم هذا بقولهم: "و أما صفة الواجب فهو أن وجوب المنصوص عليه من حيث أنه مال متقوّم على الإطلاق لا من حيث أنه عين، فيجوز أن يُعطى عن جميع ذلك القيمة دراهم أو دنانير أو فلوس"[4]، و علّلوا رأيهم بأن الواجب إغناء الفقير عن السؤال يوم العيد، لقوله صلى الله عليه و سلم: «أغنوهم عن المسألة هذا اليوم»[5]."و الإغناء يحصل أيضا بالقيمة بل هو أتم و أوفر لأنها أقرب إلى دفع الحاجة"[6]، و لعلّ هذا النظر ألمقاصدي للأئمة الأحناف، راعى واقع الفقير آنذاك، الذي كان أحوج للمال منه إلى شيء آخر، و ليس فيه أي خروج عن النص بل هو إعمال للنص مع مراعاة لمقصده المتمثل في الإغناء، أما مالك[7] رحمه الله في المشهور

[1]. رواه أبو داود، باب الحث على قيام اللّيل رقم: 1450، سنن أبي داود مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، ص: 70/02 .

[2]. أبو داود، باب كراهيته للشاب، رقم: 2387، ص: 02 /312، و سكت عنه.

[3]. رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب: فرض صدقة الفطر، رقم: 102، ص: 259/02.

[4]. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع، ط02، 1986، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2 ص:73

[5]. أخرجه الداقطني في سننه، قال الزيلعي:"غريب بهذا اللفظ، و ذكر أن الحاكم أعلّه لأحد رواته هو أبو معشر، وقال ابن عدي: أبو معشر مع ضعفه يكتب حديثه، أما البخاري فقال عنه: منكر الحديث، قال الزيلعي: أعني حديث الدارقطني ،نصب الرّاية لأحاديث الهداية، دار الحديث، ص: 432/02.

[6]. بدائع الصنائع، نفس الجزء، نفس الصفحة.

[7]. أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن الحارث الأصبحي، إمام دار الهجرة، جده أبو عامر صحابي جليل، ولد سنة 93هـ بالمدينة، أخذ عن أبي بكر محمد بن شهاب الزهري و عثمان ربيعة و إسحاق بن عبد الله و العلاء بن عبد الرحمٰن و جعفر الصادق و روى عنه عن أبيه عن جده عن رسول الله عليهم السلام، و روى عنه أبو حنيفة و الرواة عنه كثير، ألف الموطأ في الحديث،

عنه إخراجها من الأصناف المذكورة أو من غالب قوت البلد، كما في المدونة[1]، و هو قياس أنواع أخرى من الأطعمة على الأصناف الذكورة، كأن تكون غالب قوت البلد، قال في الذخيرة:" لنا: أن تعديد هذه الأمور لا يمنع من قياس غيرها عليها، إما لأن هذا من مفهوم اللقب الذي هو أضعف المفهومات العشر، فيقدم القياس عليه...و يؤكد القياس قوله عليه السلام: أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم، فأشار إلى أن المقصود إنما هو غناهم عن الطلب، و هم -أي الفقراء- إنما يطلبون القوت فوجب أن يكون هو المعتبر."[2]

التسعير الجبري: الأصل أن التسعير لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام:«إن الله هو المسعّر القابض، الباسط، الرازق، و إني لأرجو أن ألقى ربّي و ليس أحد منكم يطلبني في دم و لا مال»[3].

و يعرف التسعير على أنه: " تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرا للمبيع بدرهم معلوم"[4]، فبناء على هذا الحديث، يحرم على الحاكم تسعير السلع مطلقا، في القول المشهور عن المالكية[5] و هو مذهب الشافعية[6]و متقدمي الحنابلة[7]، و الظاهرية[8]، وقوفا عند ظاهر الحديث، أما الحنفية و في قول للإمام مالك[9] رحمه الله و متأخري الحنابلة[10]، نظروا إلى واقع المسلمين و فرّقوا بين وضعين:

الأول: إذا كان غلاء السلع طبيعيا من جراء قلّة السلع و هذا قانون اقتصادي طبيعي، إذا نقص العرض زاد الطلب، فأدى إلى الزيادة في السعر، ففي هذه الحالة لا يجوز التسعير.

و له رسالة في القدر و أخرى في الأقضية و رسالته المشهورة في الفتوى إلى محمد بن المطرف، توفي رحمه الله سنة 179هـ . سير أعلام النبلاء 48/08، حلية الأولياء 316/06، شجرة النور الزكية80/01، الفكر السامي 155/02.

[1]. المدونة الكبرى، رواية سحنون عن ابن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، ص : 01/ 391-392.

[2]. القرافي، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط01/ 1994، ص: 03/ 168.

[3].رواه الخمسة، إلاّ النسائي و صححه الترمذي و اللفظ له، قال: حديث حسن صحيح، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي للمباركفوري، بيت الأفكار الدولية، بيروت، ص:01/ 1278.

[4]. شرح حدود ابن عرفة، ص: 356

[5]. ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن محمد مولاي، (د.ت)، ص: 404

[6]. الشربيني، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص:38/02.

[7]. ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ص:44/04.

[8]. ابن حزم، المحلى، منشورات المكتب التجاري، بيروت، ص: 627/09.

[9]. في رواية أشهب، حكاه الباجي في المنتقى، ص:18/05.

[10]. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية،بيروت، ط: 1995/01، ص: 200.

الثاني: إذا كان غلاء السلع بفعل التجار الذين يخفون السلع أو يحتكرونها ثم لما تقل من السوق يخرجونها بسعر أعلى، و هو ما قال به الأحناف:" التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش"[1]، فهنا وجب تدخل الحاكم ليسعر السلع تحقيقا للمصلحة العامة و توخيا للعدل، وبذلك يضع حدا لظلم التجار للمستهلكين، وكله نظر في الواقع و المصلحة العامة، و الناظر في أقوال العلماء و اجتهاداتهم، يُدرك أنهم راعوا الواقع في جميع أبواب الفقه.

ب.مدى عناية القانون بالواقع:

المشرّع الوضعي و هو يسن القوانين، يراعي متطلبات الواقع، و لا يشرع إلا إذا مسّت الحاجة الواقعية إلى ذلك، فإذا أفرز الواقع عن حاجات و مطالب معيّنة يرى أنها جديرة بالحماية القانونية، فإنه يستجيب لهذه المطالب واضعا إياها في إطار قانوني و هذا إن لم تكن تعارض الفكرة الإيديولوجية السائدة في المجتمع،" فتكوين القاعدة القانونية إنما يقوم على معرفة الواقع و البصر بمقتضياته و حاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة و التجربة و على فرض الواجب بشأن هذا الواقع وفقا ما يمليه العقل من غاية"[2]، و بناء على ذلك، فإن عنصر الواقع يشكل الأرضية التي منها ينطلق المشرع في سن القوانين، وهو يمده بالمادة الأولية التي منها تصاغ القاعدة القانونية.

والواقع مراعى أكثر في مجال القضاء، حيث أن مهمة القاضي الأساسية تكمن في إنزال الحكم العام، المجرد على الحالات الواقعية الخاصة، و المقارنة بين الوقائع المعروضة عليه و أحكام القاعدة القانونية قصد تطبيقها إذا توافقت معها، و إلا بحث عن قاعدة أخرى أو مبدأ قانوني آخر أكثر ملائمة مع الوقائع المعروضة، و هو كما يبدو تعامل مباشر مع واقع النزاع.

فرع ج: آليات فهم الواقع.

يتوقف إصلاح الواقع الإنساني و تسديده، على فهم هذا الأخير فهما معمقا، وكلما كان الفهم أعمق و أشمل، كلما كان المجتهد أقدر على تكييفه بحسب تعاليم النصوص، إلا أن ما يزيد مهمته صعوبة كون هذا الواقع الإنساني غير منضبط في أسبابه و لا مطرد في تفاعلاته، مما يستلزم" أن يكون الاجتهاد في فهمه و استيعاب حقيقته مبني على أدب خاص و قواعد تتناسب مع طبيعته،وأن تستخدم فيه وسائط

[1]. شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر، لابن نجيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1985/01, ص:01/ 282.

[2]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ص: 140.

آلية للتحليل و التصنيف و الرّصد قائمة على أسس علمية، غير متروكة للتلقائية و العفوية"[1]، و المنطلق الأول لفهم الواقع الإنساني هو:

أ.الانخراط الفعلي في الواقع الإنساني: ذكره العلامة ألشاطبي رحمه الله في الموافقات، بمناسبة الحديث عن شروط المجتهد، و أسماه بـ" شرط العلم أو الخبرة بشؤون الحياة العامة" كما ورد في إعلام ابن قيم الجوزية، تحت عنوان"معرفة الناس".[2]

و مؤدى هذا الشرط، أنه يتعيّن على الناظر في تنزيل الأحكام أن لا يكتفي في تكوينه العلمي على فقه النصوص، بل لابدّ أن يعضدّه بفقه الواقع، بمعايشة الناس و التفاعل معهم، في جوانب حياتهم المختلفة و الاطلاع على عوائدهم و الوقوف على مشاكلهم و تسجيل حاجاتهم و متطلباتهم، و أن يكون ذلك الانخراط على أوسع نطاق ممكن بحيث يشمل كل فئات المجتمع.

"و ثقافة الواقع أمر ضروري للمفتي و المجتهد، و إلا كان منعزلا في برج عاجي بعيد عن محيطه و من يتولى إفتائهم...و لا يعقل أن يتحدث المفتي إلى قوم لا يعرف طبيعة حياتهم و نمط سلوكهم و مدلول أعرافهم"،[3]وبناءا على هذا المعنى، قام نظر العلماء في العوائد و الأعراف و دعوا إلى عدم الجمود على الأحكام التي بنيت منطاتها على عرف متغيّر، و مراعاة ذلك التغير عند تنزيل الأحكام. و لئن كان الانخراط في واقع الناس، منطلق ضروري لفهم هذا الواقع إلا أنه غير كافي للإحاطة بكل جوانبه و سبر أغواره و رصد أسبابه الخفية،إذ يستلزم الأمر استخدام أدوات معرفية.

ب.الإلمام بمختلف العلوم الإنسانية: هي كلّ العلوم الإنسانية التي يحتاجها الناظر في تنزيل الأحكام، لفهم واقع النازلة، كعلم النفس و علم الاجتماع و علم الاقتصاد و المالية و علم السياسة و القانون وعلوم الرصد و الإحصاء،"فهذه العلوم بطرق بحثها و قوانينها، أدوات ضرورية للكشف عن التركيبة النفسية الفردية و الاجتماعية التي تشكل الواقع النفسي للفرد و الأمة، فيما تشتمل عليه من مركبات أو أمراض أو عوائق يكون من الضروري أخذها بعين الاعتبار، حينما يراد تنزيل الدّين في واقع الحياة الفردية و الاجتماعية"[4].

---

[1]. د. عبد المجيد النجار، في فقه التدين فهما و تنزيلا، ص: 125.

[2]. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج4، ص: 157.

[3]. د. مصطفى باجو، الفتوى بين ضوابط الشرع و الواقع، مجلة المعيار، العدد2، نوفمبر2001، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة: الجزائر، ص: 115- 116.

[4].د. عبد المجيد النجار، فقه التدين فهما و تنزيلا، ص: 126/01.

هي إذن أدوات مساعدة على استيعاب و معرفة الواقع بعمق، إذ أضحى طلبها ضرورة ملحّة لمن يتصدى لعملية تنزيل الأحكام بل أكثر من ذلك " أنها تقع ضمن إطار الفروض العينية"[1]، و ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب، و لا يفهم من ذلك أن يكون القاضي أو المفتي أو المجتهد عموما يتقن هذه العلوم كلها حتى يتصدى للقضاء أو عملية الإفتاء، بل يكفيه أن يلمّ بفنّ من هذه الفنون إلى جانب تكوينه الأصلي في الفقه الإسلامي أو القانون.

ج.الاستعانة بالخبرة العلمية المتخصصة: "و قد يفتقر المجتهد في مثل هذه الحال إلى الخبرة المتخصصة العلمية خارج إطار العلوم الإسلامية، و إن كان الحكم يتوقف على ما تمده تلك الخبرة من معلومات ضرورية في قيام الحكم الشرعي الاجتهادي و لا سيما في معالجة القضايا العامة ذات الأثر الحتمي في مصير الأمة"[2]، و" الخبرة هي وسيلة من وسائل الإثبات موقع دراستها قانون البينات"[3]، فهي إذن وسيلة من وسائل الكشف عن واقع المسألة محل النظر، فالقاضي بحكم تخصصه القانوني ليس بإمكانه الإلمام بكل المجالات خاصة منها العلمية أو الطبية أو المالية...، لذلك له أن يستعين بالخبير في المسائل التي تخرج عن اختصاصه وأن يذكر الأسباب التي دفعته إلى طلب الخبرة (م128 ق.إ.م) و قد خصص التشريع الجزائري لمسألة الخبرة 21 مادة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث نص هذا القانون في مادته 125 على أن الهدف من طلب الخبرة "هو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"[4]،مما يعني أن موضوعها هو الوقائع المادية دون مسائل القانون، و بالتالي فهي تعد من مسائل الواقع الخاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و ليس للمحكمة العليا أي رقابة عليها.

أما في ما يخص باقي التخصصات، فمن الضروري الرجوع و الاستزادة من أهل الاختصاص و الاستعانة بهم في فهم النوازل التي أفرزها الواقع، " فإن كانت النازلة متعلقة بالطب مثلا، وجب الرجوع إلى أهل الطب و سؤالهم و الاستيضاح منهم، فالّذي لا يعرف مجريات ما يسمى ب" أطفال الأنابيب"، لا يستطيع أن يعطي فتوى صحيحة فيها بالحل أو بالحرمة، إلا إذا وضحت له حالات هذه العملية و فروضها، فيستطيع حينئذ أن يعطي الحكم المناسب لكل حالة".[5]

[1]. في فقه التدين فهما و تنزيلا، ص: 14/01.

[2].د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ص: 36/01.

[3].د.آدم وهيب النداوي، قانون البينات و الإجراء، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،ط1998/1،ص:223، هامش1.

[4]. المادة 125 من قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008 م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[5]. د.مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، ص:319.

المطلب الثاني: الاجتهاد ألتنزيلي و علاقته بالواقع.

كل مسألة أو نازلة تصادف المجتهد " تفتقر إلى نظرين : نظر في دليل الحكم و نظر في مناطه"[1]، الأول مجاله فقه الخطاب، و هي مرحلة التعامل مع النصوص بقصد التقعيد و التنظير و استجلاء مقصود الشارع الحكيم بجميع مستويات دلالات فقه الخطاب الشرعي: لفظا و تعليلا و مقصدا

أما الثاني فمجاله الاجتهاد التنزيلي، و هي مرحلة التعامل مع الواقع بقصد التطبيق، و هذا ما يستدعي توضيح ماهية الاجتهاد ألتنزيلي بوجه عام، لكونه وثيق الصلة بالواقع، محل تنزيل الأحكام، ثم بيان طبيعة العلاقة بينه و بين الواقع مع إجراء مقارنة مع القانون الوضعي في حدود ما تسمح به قواعد الدراسة المقارنة.

فرع ا : تعريف الاجتهاد التنزيلي.

أولا: التعريف اللغوي: "الاجتهاد و التجاهد: بذل الوسع و المجهود...و الاجتهاد بذل الوسع و المجهود، و في حديث معاذ: اجتهد رأيي، و الجتهاد بذل الجهد و الطاقة، و المراد به رد القضية التي تعرض للحاكم من طريق القياس إلى الكتاب و السنة، و لم يرد الرأي الذي رآه من قبل نفسه من غير حمل على كتاب أو سنة."[2]

ألتنزيلي:التنزيل هو" النزول الحلول، و نزله تنزيلا، و التنزيل أيضا الترتيب، و التنزيل أيضا الترتيب، و التنزل: النزول في المهلة، و النزل و النُزل: ما هيئ للضيف إذا نزل عليه، و النازلة الشديدة تنزل بالقوم، و جمعها النزال المحكم، والنازلة. الشدة من شدائد الدهر تنزل بالناس، و النزْل: الريع و الفضل...و مكان نزل واسع بعيد، و تركت القوم على نْزلاتهم و نزُلاتهم، أي على استقامة أحوالهم...لا يكون إلا في حسن الحال."[3]

ثانيا:التعريف الاصطلاحي:ظهر اتجاهان لدى علماء الأصول في تعريف الاجتهاد بين موسّع و مضيّق؛ الاتجاه الأول قصره على البعد الاستنباطي النظري، المتعلق باستخراج الحكم الشرعي من الأدلة التفصيلية.

---

[1]. الشاطبي، الاعتصام، ج2، ص: 161.

[2].ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار صادر للطباعة و النشر، ط1955، ج3، ص: 135، "مادة جهد".

[3].ابن منظور، لسان العرب، مادة"نزل"، ج11، ص656 إلى ص 659.

– فقد عرفه الغزالي[1] بقوله: "بذل المجتهد الوسع في طلب العلم بأحكام الشريعة"[2]، ثم أضاف قائلا: " الاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحسّ من نفسه بالعجز عن مزيد الطلب".[3]

– أما الشوكاني[4] فقال:" بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط."[5]

و هو كما يبدو تعريف أدق من سابقه، إذ قصر الاجتهاد على الأحكام العملية، و عموما فإن المعنى الاصطلاحي يلتقي مع المعنى اللغوي من حيث بذل الوسع و الطاقة، إلاّ أنه في اللغة أوسع مجالا لاشتماله على مطلق الأحكام، الحسية و العقلية و المعنوية و غيرها، في حين يقتصر معناه في الاصطلاح الأصولي على الأحكام الشرعية العملية.

الاتجاه الثاني : و هم الموسّعون الذين أضافوا للمعنى الأول البعد التطبيقي أو ألتنزيلي، و يتزعم هذا الاتجاه العلامة الشاطبي رحمه الله، الذي أفاض و أجاد في بيان هذا القسم تحريرا و تأصيلا في كتابيه الموافقات و الاعتصام، و الذي جعل الاجتهاد على ضربين:

أحدهما: لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، و ذلك عند قيام الساعة، و الثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا.[6]

و الأول هو الاجتهاد ألتنزيلي أو تطبيقي، أو كما يسميه" إيقاع الحكم"، و يقصد به تحقيق المناط، أما الثاني فهو الاجتهاد الاستنباطي، و يعرف الاجتهاد عموما بقوله:" الاجتهاد هو استفراغ الوسع في تحصيل العلم أو الظن بالحكم".[7]

---

[1]. محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي، أبو حامد، حجة الإسلام، ولد سنة 450هـ بطوس، برع في المذهب الشافعي، و الخلافيلت و المنطق، أخذ عن أبي المعالي الجويني، درّس في مدرسة النظامية ببغداد، له: إحياء علوم الدين و المستصفى و المنخول و شفاء الغليل في أصول الفقه و تهافت الفلاسفة و المنقذ من الضلال و غيرها، توفي رحمه الله سنة 505هـ .سير أعلام النبلاء: 322/19، الفكر السامي:187/04.

[2].الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1/ 2010م، ص: 527.

[3].الرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4]. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء، ولد سنة 1173هـ بشوكان باليمن، و نشأ بصنعاء و ولي قضاؤها و مات حاكما بها رحمه الله سنة 1250هـ، كان يرى تحريم التقليد،له نيل الأوطار، إرشاد الفحول في أصول الفقه، السيل الجرار في نقد كتاب الأزهار...الأعلام: 190/01.

[5].الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من عا لم الأصول، تحقيق محمد سعيد البدري، بيروت، مؤسسة الكتب الثقافية،ط4، 1993، ص:417.

[6]. الشاطبي، الموافقات، ج5، ص:11، بتصرف.

[7]. الشاطبي، الموافقات، ص:51/05.

- أما ابن قيّم الجوزية فعرفه على أنه: "هو فهم الواجب في الواقع، و هو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر."[1]

حيث ميّز بين ثلاثة مستويات من الفقه، تكوّن في مجموعها الاجتهاد ألتنزيلي،الأول، فقه الأحكام الشرعية في عمومها وتجرّدها أي في شكلها النظري، النموذجي، ثم فقه الواقع المراد تنزيل الحكم فيه، بكل مكوّناته و ظروفه و ملابساته، و أخيرا فقه تنزيل الحكم الشرعي الكلي على الوقائع الجزئية و النوازل المستجدة في إطار هذا الواقع المشخص، بإسقاط الحكم الشرعي على الواقعة إذا ما تبيّن التطابق بينهما.

ثالثا: تعريف المركب الإضافي:

الاجتهاد ألتنزيلي إذن ليس بالعملية السهلة، إذ يتطلب الجمع بين فهم النص الذي يتطلب الإلمام بأصول الفقه و بين فهم الواقعة بعد تكييفها، محتفة بظروفها وملابساتها، معرفة عميقة بهذا الواقع ثم القدرة على تنزيل الحكم الكلي على الواقعة و هذا يتطلب مهارة عالية و دُربة ومران من المجتهد، و على هذا الأساس يمكن اقتراح التعريف التالي للاجتهاد التنزيلي باعتباره مركب إضافي:

هو بذل الوسع من ذي ملكة فقهية متخصصة في فهم الحكم الشرعي الكلي في إطار الواقع المشخص، ثم إجرائه على الوقائع الجزئية مع مراعاة المقاصد الشرعية و مآلاتها.

رابعا: التعريف الاصطلاحي القانوني للاجتهاد التنزيلي:

إذا ما أُطلقت كلمة "الاجتهاد" في القانون الوضعي، فإن معناها ينصرف مباشرة إلى الاجتهاد القضائي، على أساس أن مرفق القضاء هو وحده المعني بتطبيق القانون.

يُعرّف الاجتهاد القضائي على أنه" المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بتفسير نصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص."[2]

و التطبيق يشمل النوعين من الاجتهاد، الاستنباطي و التنزيلي، بالمعنى الذي سبق بيانه في الفقه الإسلامي، فالقاضي قبل تنزيل القاعدة القانونية يقوم بتفسير نص الحكم أي فهمه أو استخلاصه من مصادر القانون الأخرى في حالة سكوت القانون، و هذه المرحلة تمثل الاجتهاد الاستنباطي، ثم يقوم بتطبيق الحكم إذا حدث التطابق بينه و بين الواقعة.

[1]. ابن القيّم، إعلام الموقعين، دار الكتب العلمية، ج1، ص: 69.

[2]. أ.بن ملحة غوثي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، ص:45.

فتبيّن، أن الاجتهاد القضائي على مستويات ثلاثة:

الأول: متعلق بتفسير النص، الذي يعتريه الغموض، بقصد تطبيقه على الحالات الواقعية، و يسمى بـ" الاجتهاد في دائرة النص الظني"،[1] لترجيح بعض مفاهيمه.

الثاني: هو اختيار أو ترجيح نص الحكم الواجب التطبيق أو استنباطه من بين المصادر الأخرى غير التشريع، كمبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي عند انعدام النص.

الثالث: يتمثل في عملية التطبيق أي تنزيل القاعدة القانونية أو الحكم المستنبط على الحالة الواقعية.

و بناء على ذلك، فإن الاجتهاد القضائي يجمع بين الاجتهاد الاستنباطي المتمثل في تفسير النصوص قصد استنباط الحكم الواجب التطبيق، و الاجتهاد ألتنزيلي، الذي يشكل آخر مرحلة و هي تطبيق الحكم على الواقعة المعروضة.

من هنا يتفق مع الاجتهاد التنزيلي في الفقه الإسلامي الذي يجمع بين فهم الحكم و فهم الواقع ثم تطبيق الحكم على الواقع، كما يشترك القضاء مع الفقه القانوني في تفسير النصوص و استنباط الأحكام، حيث يُسهم فقهاء القانون من خلال تفسير النصوص القانونية في وضع النظريات القانونية و استخلاص المبادئ العامة من هذه النصوص"في جوّ من الحرية العلمية، والبحث العميق، والنّقد الحرّ، غير المقيّد بمصالح واقعية متصارعة كما هي الحال في المنازعات القضائية"[2]، التي تخضع لضغوطات الواقع، فالاجتهاد الفقهي في تفسير النصوص، يفتقد إلى الصيغة العملية لعدم ارتباطه بالواقع، فهو عبارة عن اجتهاد نظري و من هنا يفترق عن الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص الذي يلتصق إلى حد كبير بالحالات الواقعية، و هو شبيه بالتنظير الأصولي في الفقه الإسلامي.

فرع ب: مكانة الواقع من الاجتهاد ألتنزيلي: لا يمكن إغفال دور الواقع في ازدهار التشريعات، وحاجة هذه الأخيرة الماسة لهذا الواقع، لكونه عامل إثراء و تطوير، فهو المحل الذي يقع فيه الحكم الشرعي أو القاعدة القانونية، كما أن تجدد الوقائع يساهم بشكل قوي في تجديد و تنمية الاجتهاد الفقهي و القانوني، على أساس أن كلاّ منهما علم واقعي عملي، لا يمكن تصوره بمعزل عن الحياة الاجتماعية للأفراد والجماعات.

أولا: التأثير المتبادل بين الاجتهاد الفقهي و القانوني و الواقع.

[1]. أ. بن ملحة، المرجع نفسه، ص: 46.

[2].د.م. صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، وهران: د. م.ج، 1984 ص: 134

كل من الاجتهاد الفقهي و الواقع يتبادل التأثير و التأثر في الفقه الإسلامي و كذا في القانون الوضعي في مجال الاجتهاد القضائي باعتباره المرفق الألصق بالواقع و تداعياته.

1.حاجة الاجتهاد الفقهي و القضائي إلى الواقع:

إن الاجتهاد الفقهي في الفقه الإسلامي أو القضائي في النظام الوضعي يتلقى التأثير من الواقع، فكلما كان الواقع في حركة دائمة و تطور مستمر، كلما ازدهر الاجتهاد و غطى مساحة شاسعة من الإشكالات المتولدة عن هذا الواقع، مما يسهل على الناس حياتهم و يرفع عنهم الضيق و الحرج و هو أمر يتشوف إليه الشارع الحكيم.

" فالفقه أولا إنما ينمو بنمو الواقع و يتطور بتطوره، مثلما أنه ينكمش بانكماشه و يركد بركوده، بل إن الواقع إذا كان جامدا راكدا لا يحتاج أصلا إلى فقهاء مجتهدين، بل يكفيه بعض من الكتب، و بعض ممّن يشرحون ما في الكتب لمن لا يحسنون قراءتها"[1]، يحتاج الفقه إذن لكي ينمو و يتطور إلى حياة متطورة، متجددة،" تثير الإشكالات و تلد المستجدات والفقه الحق لابد أن يكون واقعيا، يعرف الواقع و لا يجهله، يلتفت إليه و لا يلتفت عنه، يُعمله و لا يهمله، يبني عليه و لا يبني في فراغ "[2].

الاجتهاد إذن يحتاج لكي يتطور و ينمو إلى واقع حي، متحرك يفرز وقائع فيها تساؤلات و متطلبات جديدة تحتاج إلى إعمال آلية الاجتهاد من أجل تغطيتها و إيجاد الحلول المناسبة لها.

هذه الحقيقة يمكن تلمّسها أيضا في القانون الوضعي، باعتباره علم واقعي، غاياته نفعية واقعية، تهدف إلى الحفاظ على أمن و استقرار المجتمع و انطلاقا من كون القاعدة القانونية منبثقة من بيئة اجتماعية، تزخر بالمستجدات، حيث تُراعي متطلبات الواقع وما يفرزه من نوازل و إشكالات، عند صياغة القوانين، إذ المشرع الوضعي، لا يشرّع من فراغ، بل لابد له من أرضية ينطلق منها في سن القوانين ألا و هي هذا الواقع المشخص بظروفه و ملابساته، الذي يمده بالمادة الأولية التي منها تصاغ القاعدة القانونية في شكلها العام، المجرّد.

والواقع مُراعى أكثر في الاجتهاد القضائي كما سبق ذكره، حيث تكمن مهمة القاضي الأساس في إنزال الحكم العام المجرّد الوارد في القاعدة القانونية أو المستخلص من مصادر القانون الاحتياطية كمبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي و مبادئ العدالة على الحالات الواقعية الخاصة، بعد

[1]. د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، دار الفكر المعاصر، بيروت: لبنان، ط 1، 2000م، ص: 60.

[2].د.الريسوني، نفس المرجع، ص: 64.

فحص القضية محل النظر من كل جوانبها و" تقدير الوقائع بالنظر إليها في مجملها و تحليلها في عناصرها الأولية، ثم جمع العناصر و إعادة تركيبها "،[1]و أخيرا المقارنة بينها و بين أحكام القاعدة القانونية التي يراها صالحة لحسم النزاع و إلاّ بحث عن قاعدة أخرى أكثر ملائمة للحالة محل النظر، و من هنا يتبين أن القاضي أكثر تعاملا مع الواقع من المشرع، الذي و إن كان لا يشرع إلاّ إذا مسّت الحاجة الواقعية إلى ذلك، إلاّ أن صياغته لهذه القواعد تأتي عامة و مجردة، لأنه ليس في استطاعته تصوّر كل الحالات الخاصة الواقعية، لذلك كان القضاء مكمل لمهمة التشريع.

فالاجتهاد القضائي يعتبر أكثر التصاقا بالواقع من الفقه القانوني النظري أو صياغة القوانين، نضرا للصبغة العملية التي يمتاز بها عن غيره من أضرب الاجتهاد، و لكون الواقع محل تنزيل القاعدة القانونية فهو بهذا الاعتبار ركن من أركان الاجتهاد القضائي، و أحد العناصر الأساسية في الاجتهاد ألتنزيلي في الفقه الإسلامي، و المجال الحيوي الذي ينشط فيه الاجتهاد التنزيلي و القضائي على السواء، فلولا الفهم الواعي للواقع ما وجدت أحكام الشريعة طريقها إلى التطبيق و لا أحكام القانون، و لضلّت حبيسة الذهن و النظريات المغرقة في التجريد، فالاجتهاد في تطبيق الأحكام هو النتيجة المنطقية المنتظرة من الاجتهاد عموما، حيث يوضح الدكتور الدريني ذلك بقوله" إن تفهم واع للوقائع بمكوناتها و ظروفها، و تبصر بما عسى أن يسفر عنه التطبيق من نتائج، لأنها الثمرة العملية المتوخاة من الاجتهاد التشريعي كله"[2].

2.حاجة الواقع إلى الاجتهاد الفقهي و القضائي:

الواقع باعتباره محل تنزيل الأحكام، قد يفرز مستجدات و نوازل لابد من تغطيتها بالاجتهادات الفقهية، و غالبا ما تكون هذه النوازل مخالفة للشرع، مما يستدعي عرضها على أحكامه قصد تسديد اعوجاجها و إصلاح فسادها و ترشيد العملية التنزيلية وفق مقتضيات الشرع، فلابد إذن من إخضاع الواقع لتعاليم الشرع و الاحتكام إليها، فهي وحدها الحكم و المرجع.

و عدم التساهل في تبرير الواقع، فليس كل ما يفرزه معتبر شرعا، و من هنا تبرز أهمية الاجتهاد في كونها آلية ضابطة للعملية التنزيلية من جهة و من جهة أخرى تسدد و تصلح اعوجاج ما يفرزه الواقع باستبعاد

---

[1].أ.الغوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، ع1،2000، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص: 50.

[2]. د. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص: 5.

ما خالف الشرع و الإبقاء على ما وافقه، لأن الاجتهاد تحري لمقصود الشارع و مقصوده من تشريع الأحكام مصالح العباد.

كما أن هذا الواقع الذي نعيش فيه ليس من صنع أيدينا، كما كان الأمر في عهد الصحابة رضي الله عنهم، الذين أسسوا واقعهم بأنفسهم، ففي واقعنا الكثير من الأمور التي ورثناها من عهد الاستعمار الفرنسي الذي عمّر في بلادنا الجزائر – حفظها الله من كل سوء- طويلا، بالإضافة إلى الغزو الثقافي الذي اجتاح كل مناحي الحياة فيه، و تفشى كالسرطان، لم يسلم منه أي قطاع من القطاعات الحيوية التي تمس حياة الناس و معيشتهم، لذلك لابد من الحذر في التعاطي مع نوازل الواقع و فحصها من كل الجوانب مع الاستعانة بالعلوم الحديثة لتجليتها و توضيحها وفك رموزها، و عدم الانجرار لضغوطات الواقع التي لا تمت بأي صلة مع الشرع.

ثانيا: مقومات الاجتهاد التنزيلي.

و من هنا يمكن استخلاص أركان أو مقومات الاجتهاد التنزيلي، وهي كالتالي:

1. ملكة اجتهادية مقتدرة متخصصة: أي أن يتصف المجتهد بأهلية الاجتهاد في الأدلة و القدرة على تنزيلها على الوقائع.

2. نص تشريعي أو ما في حكمه من الأدلة الأخرى التي تشهد لها النصوص بالاعتبار و سواء ثبت الحكم بالنص أو تبيّنت معالمه بالاجتهاد الاستنباطي.

3. تطبيق على موضوع النص أو متعلق الحكم، و ذلك بتطبيق أدوات الاجتهاد على النص لاستخراج الحكم و استنباطه، ولكن هذه الأمور الثلاثة كلها لا تخرج عن الجانب النظري، إلا إذا أُضيف إليها شرط رابع، ألا و هو:

4. دراسة الواقعة، في إطار محيطها المشخص، دراسة وافية من خلال تحليل دقيق لعناصرها، و نظر عميق في ظروفها و ملابساتها[1]،"حيث يكون للظروف أثر بالغ يرعاه المجتهد لكونه عاملا يشكل الوقائع فقهيا، أو يكيفها تكييفا شرعيا..."[2].

[1]. التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، من ص: 52 إلى 54، بتصرف يسير.

[2]. د. محمد فتحي الدريني، مناهج الاجتهاد و التجديد في الفكر الإسلامي، مجلة الاجتهاد، ع8، س2، 1990،دار الاجتهاد، بيروت: لبنان، ص:224.

و من هنا يفترق الاجتهاد التنزيلي عن الاجتهاد الاستنباطي في اعتبار الواقع، فالأول يعدّ الواقع عنصرا أساس في تركيبته، بل هو ركن من أركانه، لا يمكن أن يتواجد هذا الضرب من الاجتهاد دون ركن الواقع باعتباره محل وقوع الحكم من جهة و من جهة أخرى فإن ملابساته و معطياته تسهم في إضفاء الوصف الشرعي على النازلة، أما الثاني فإنه يراعى فيه الواقع كعامل من العوامل بالقدر الذي يمكّن المجتهد من استنباط الأحكام الشرعية.

الفصل الأول:مسلك الربط بين الجزئيات و الكليات

المبحث الأول: تحقيق المناط و التكييف القانوني

المطلب الأول: حقيقة تحقيق المناط.

فرع ا: تعريف تحقيق المناط.

فرع ب: مراتب تحقيق المناط

المطلب الثاني: التكييف القانوني.

فرع ا: تعريف التكييف القانوني.

فرع ب: مراحل التكييف القانوني.

المطلب الثالث:أهمية تحقيق المناط و التكييف القانوني.

فرع ا: من حيث إدراج الجزئي في الكلي.

فرع ب: من حيث تحديد وصف الواقعة و إزالة الخفاء.

المبحث الثاني: مراحل الربط بين الجزئيات و الكليات.

المطلب الأول: تحديد الوصف الشرعي أو القانوني للواقعة.

فرع ا: التصور الكامل للواقعة في إطار ملابساتها.

فرع ب: بيان معناها بالتعريف بها.

المطلب الثاني: إعداد الحكم المراد تطبيقه.

فرع ا: حالة الحكم المنصوص.

فرع ب: حالة الحكم المستنبط.

المطلب الثالث: الإلحاق إلى أصل معتبرو انتفاء المعارض.

فرع ا:التحقق من انتماء الفرع إلى الأصل مع انتفاء المعارض.

فرع ب: ضبط طريقة التطبيق.

المبحث الثالث: طرق الربط بين الجزئيات و الكليات.

المطلب الأول:الربط بين المسائل باعتماد قواعد أصول الفقه.

فرع ا : دلالات الألفاظ.

فرع ب: القياس الأصولي.

المطلب الثاني:الربط بين المسائل بطريق التخريج.

فرع ا : تخريج الفروع من الأصول.

فرع ب: تخريج الفروع من الفروع.

المطلب الثالث:الربط بين المسائل باعتماد قواعد المنطق.

فرع ا: القياس المنطقي.

فرع ب: الاستقراء.

الفصل الأول: مسلك الربط بين الجزئيات و الكليات

إن كون الشريعة الإسلامية رسالة عالمية، جعلها تتميّز عن سائر الشرائع بالشمول و العموم، كما أنها جاءت وافية لكل ما يحتاجه الناس في حياتهم و معادهم و مراعية مقتضيات الفطرة الإنسانية في التكليف، فالمعاني التي تضمنتها نصوصها تحوي كل الحوادث وتسعها من خلال منهجها الفذ في تشريع الأحكام القائم على الكلية، وذلك على نحو يحفظ ديمومة الحكم، فالقرآن الكريم" أكثره كلّي لا جزئي، وحيث جاء جزئيا فمأخذه على الكلية"[1] هذه النظرة الكلية تتطلّب ألاّ يعتبر الكلّي بإطلاق دون اعتبار للجزئي، كما تستلزم أيضا ألاّ يعتبر الجزئي إلاّ بكلّي الذي ينتمي إليه.

إن الغاية من خاصية عدم الإيغال في التفاصيل في تشريع الأحكام، أن يترك للمجتهد مجالا رحبا لتنزيل الكلّيات على الوقائع الجزئية الّلامتناهية و تقدير الأمور بحسب ما تقتضيه مصالح الناس، وهو مجال واسع ينشط فيه العقل الإنساني المتخصص إلى أقصى درجات الاجتهاد ضمن ضوابط و مناهج شرعية محددة.

هذا المنهج قلّما يتبعه القانون الوضعي، إذا ما استثنينا الدساتير و المواثيق الدولية، التي تعتمد الصياغة الكلية، حيث تكتفي غالبا بالنص على المبادئ العامة، أو بعض القوانين الداخلية كالقانون السويسري، الذي أثنى عليه فقهاء القانون في العصر الراهن و الذي نهج منهج الكليات في تقريره للأحكام خلافا لأغلب قوانين الدول في العالم.[2]

---

[1]. الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق مشهور حسن آل سلمان (الخبر: دار ابن عفان،ط1997/01م) ص:04/ 180.

[2].د.محمد فتحي الدريني، مناهج الاجتهاد و التجديد في الفكر الإسلامي، مجلة الاجتهاد،ع8، س1990/2 دار الاجتهاد، بيروت: لبنان، ص: 228، بتصرف.

المبحث الأول: تحقيق المناط و التكيف القانوني

تحقيق المناط و التكييف القانوني من أهم المناهج الإجرائية التي من خلالها تتم عملية ربط الجزئيات بالكليات، و هي أولى عمليات الإفتاء والعمل القضائي، بل تعدّ أول ما يستهلّ به المجتهد عمله لتنزيل الأحكام على الوقائع.

المطلب الأول: حقيقة تحقيق المناط

إن أحكام الشريعة جاءت في معظمها كلية مطلقة، متناولة داخلها أعدادا لا تنحصر من الجزئيات والوقائع المتمايزة و المتشابهة في آن واحد، يتعيّن على المجتهد أن يُراعي خصوصية هذا الإطلاق والعموم عند تنزيل الحكم عبر آلية تحقيق المناط، و لتجلية حقيقته، لابد من تعريفه أولا، ثم بيان مراتبه.

فرع ا : تعريف تحقيق المناط.

أولا.التعريف اللغوي:

1.التحقيق لغة،"حقّ الأمر يحقّ حقّا و حقوقا، صار حقّا و ثابتا."[1] و من أسماء الله الحسنى" الحق"، أما اصطلاحا فقيل في تعريفه أنه "إثبات المسألة بدليلها."[2]و عرّفه الحطاب[3]على أنه" معرفة الشيء بدليله من غير تقليد فيه."[4]

2. أما المناط لغة، فهو من "ناط الشيء ينوطه نوطا: علقه، والنوط ما علق ...و انتاط به: تعلق... و الأنواط المعاليق...و يقال: نيط عليه الشيء عُلق عليه." [5]

والحاصل من هذه التعريفات أن "التحقيق" يفيد الإثبات، و"المناط" التعليق والربط.

---

[1]. ابن منظور، لسان العرب، ص: 10/ 49.

[2]. الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ،التعريفات، بيروت: دار الكتاب العربي، ط01/ 1998، ص: 75.

[3].محمد بن عبد الرحمٰن الرعيني، أبو عبد الله المعروف بالحطاب الكبير الأندلسي الأصل الطرابلسي المولد المكي الدار، ولد في سنة 861هـ، أخذ عن الشيخ محمد بن الفاسي و السراج معمر و النور السنهوري و يحي العلمي ومحمد السخاوي و الحافظ أبي الخير السخاوي و الشيخ زروق...، و عنه أخذ جماعة منهم ولداه محمد و بركات، توفي رحمه الله في سنة 945هـ.. شجرة النور الزكية:389/01.

[4].الحطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1/ 1995،ص:34/01

[5]. ابن منظور، لسان العرب، ج07، ص:417-418.

ثانيا.التعريف الاصطلاحي:

فقد عبّروا عليه بالعلة أحيانا و أحيانا أخرى بالوصف، فقال الغزالي رحمه الله:" اعلم أننا نعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم أي ما أضاف الشرع إليه و ناطه به، و نصبه علامة عليه"[1]، أما الشوكاني فقد عبّر عنه بالأمرين معا، مرة بالعلة و أخرى بالوصف"و المناط هو العلة، قال ابن دقيق العيد[2]، و تعبيرهم عن العلة بالمناط من باب المجاز اللغوي لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره فهو من باب تشبيه المعقول بالمحسوس و صار ذلك اصطلاح الفقهاء بحيث لا يفهم عند الإطلاق غيره"[3]، و قال في موضع آخر:"و سمي تحقيق المناط لأن المناط وهو الوصف علم أنه مناط و بقي النظر في تحقيق وجوده في الصورة المعينة"[4].

فمدلول المناط عند الأصوليين كان ضيقا كما يبدو من خلال هذه التعريفات، إذ كان ينصرف إلى علة الحكم بالأساس و هي ركن من أركان القياس الأصولي.

ثالثا. تعريف المركب الإضافي:

أ. عرفه الآمدي[5] بقوله:"أما تحقيق المناط؛ فهو النظر في معرفة العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها و سواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط."[6]

يبدو من خلال هذا التعريف أن مصطلح تحقيق المناط كان مدلوله ضيقا عند الأصوليين، بناء على أن مدلول المناط كان بمعنى علة الحكم الجزئي، أي لا يعدو كونه طريقة جزئية في معرفة العلة في الصور

---

[1]. الغزالي، أبو حامد مخمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، ضبطه عبد الله محمود محمد عمر،دار الكتب العلمية، بيروت ط : 02 /2010، ص:437.

[2]. محمد أبو الفتح بن أبي الحسن علي بن أبي العطاء القشيري المنفلوطي، المعروف بتقي الدين بن دقيق العيد، المالكي الشافعي، أفتى في المذهبين، ولد في سنة 625هـ بالحجاز، متبحر في علم الحديث والأصول و سائر الفنون، سمع عن جمع من العلماء، له شرح على مختصر بن الحاجب، وكتاب الإمام في أحاديث الأحكام في الأصول، و الاقتراح في بيان الاصطلاح، توفي رحمه الله في سنة 702هـ. الديباج المذهب: 411- 412، شجرة النور الزكية: 01/ 270، الأعلام: 173/07.

[3]. الشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق، محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت،ط07،1997م، ص: 374.

[4]. المصدر نقسه، نفس الصفحة.

[5].سيف الدين الآمدي، نسبة لآمد مدينة بديار بكر (تركيا حاليا)، هو أبو الحسن علي بن علي التغلبي، أصولي متكلم كان حنبليا ثم رجع شافعيا، تلقى العلم ببغداد ثم الشام، له نحو عشرين مؤلف، من أحسنها الإحكام في أصول الأحكام، في أصول الفقه، و أبكار الأفكار في الكلام، توفي رحمه الله سنة 631هـ. سير أعلام النبلاء: 364/22، الفكر السامي: 170/04.

[6]. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، ط2003/02م، ص:379/03.

المفردة، فقد كان يعدّ مسلكا من مسالك العلة في باب القياس، و يتمثل في التحقق من وجود علة الحكم في الجزئيات المشخصة بعد معرفتها في أصل الحكم، عملا بتعديتها من الأصل إلى الفرع، فهو بهذا المعنى، مسلك إجرائي لتعدية الحكم المعلل إلى صور تثبت فيها علة ذلك الحكم ليس إلاّ، و هذا هو القياس الأصولي بمعناه الخاص.

غير أن عددا من الأصوليين وسّع من مدلوله، ليصبح ضربا من الاجتهاد يتجاوز القياس الأصولي و يشمل مضمون القاعدة التشريعية أي القياس العام أو الأصل المعنوي العام في إطار عموم التنزيل، وذلك تبعا لتوسّعهم في مدلول"المناط".

ب.لقد عمل أبو حامد الغزالي على التوسيع من مدلول تحقيق المناط متجاوزا بذلك القياس الأصولي، حيث قال:"...و قول العدل صدق معلوم بالظن و أمارته العدالة، لا تعلم إلا بالظن، فلنعتبر عن هذا الجنس بتحقيق مناط الحكم لأن المناط معلوم بنص أو إجماع لا حاجة إلى استنباطه، لكن تعذرت معرفته باليقين، فاستدل عليه بأمارات ظنية، و هذا لا خلاف فيه بين الأمة"[1]، وهو يقصد به تحقيق المناط في إطار عموم التنزيل، و ليس خصوص القياس كما ذهب إليه الآمدي، قال محقق كتاب الإحكام:" تحقيق المناط قد يكون بتطبيق القاعدة الكلية المنصوصة، أو المجمع عليها في آحاد الصور، و قد يكون بالنظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور؛ فتعريف الآمدي له بما ذكر تعريف بالأخص."[2]

ج. من بين هؤلاء الموسّعين أيضا، ابن قدامى المقدسي[3]، الذي جعل تحقيق المناط قسمين، بحسب الاتفاق و الاختلاف حول مدلوله: القسم الأول، وهو المتفق عليه و عرفه بقوله:" أن تكون القاعدة الكلية متفقا عليها أو منصوصا عليها و يجتهد في تحقيقها في الفرع، أما القسم الثاني: ما عرفت علة الحكم فيه بنص أو إجماع، فيبين المجتهد وجودها في الفرع باجتهاده"[4]، و المناط في القسم الأول" ليس بمعناه الاصطلاحي لأنه ليس المراد به العلة، و إنما المراد به النص العام و تطبيق النص في أفراده، هو

---

[1]. الغزالي، أبو حامد، المستصفى، ص: 437- 438.

[2].الآمدي، الإحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، ص: 379، هامش: 02.

[3]. موفق الدين محمد أبو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، و لد بجمّاعيل بنابلس سنة 541هـ، إمام الحنابلة في الشام كان إماما في الفقه و الأصول و الخلاف والحديث و القراءات، رحل إلى بغداد و سمع من جمع من العلماء أمثال هبة الله بن الحسن الدقاق و أبي الفتح بن البطّي، و حدث عنه كثيرون مثل البهاء عبد الرحمن والصيرفي، له المغني و الكافي و المقنع و العمدة و الروضة، توفي رحمه الله سنة 620هـ. سير أعلام النبلاء 165/22.

[4]. الطوفي، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، تحقيق د.عبد الله تركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط01/ 1990م، ص:23/02.

هذا النوع من تحقيق المناط. و لا يخفى أنّ في عدّه من تحقيق المناط مسامحة، و لا مُشاحّة في الاصطلاح"[1].

أما القسم الثاني، فهو القياس الأصولي، و المناط فيه بمعنى علة الحكم الجزئي، "لأن دلالة الخطاب لما كانت ترد تارة للعموم و تارة للخصوص، كان تحقيق المناط أيضا يرد تارة ببيان مقتضى النص العام في الفرع و تارة يرد ببيان وجود العلة المنتزعة من الخاص في الفرع"[2]، و كلاهما تحقيق مناط، إلا أن أحدهما أعمّ من الآخر كما ذكره الطوفي[3] رحمه الله، حيث قال:"معنى تحقيق المناط هو إثبات علة حكم الأصل في الفرع أو إثبات معنى معلوم في محل خفي فيه ثبوت ذلك المعنى، و هو موجود في النوعين –أي القسمين المذكورين آنفا– و إن اختلفا في أن أحدهما قياس دون الآخر، فتحقيق المناط أعمّ من القياس"[4]. وقد حكا الاتفاق عليه بين الأمة أبو حامد الغزالي[5]، وكذا الشاطبي في موافقاته[6]و الذي جعل من تحقيق المناط "منهجا في تطبيق الأحكام الشرعية على الإطلاق بأي سبيل حصلت، وبأي دليل تأتّت، فالحكم الشرعي يحصل في الذهن كليّا، و المطلوب أن يطبق على أفراد الأفعال و الصّور و هي جزئية مشخصة، وهي أيضا متشابهة و متداخلة و هو ما يتطلب تحقيقا في الأعيان الواقعية ليتبين ما هو أفراد للحكم الكلي فيطبق عليها، و يستبعد ما ليست أفراد له مما قد يظن أنها أفراد يجري عليها الحكم"[7].

و الشاطبي هو أبرز من أصّل لهذا المنهج و أعطاه مضامين دقيقة، حيث أولاه اهتماما كبيرا بجعله أصلا كليا في تطبيق الأحكام الشرعية، و ميزانا لضبط و تصويب عملية تنزيل الأحكام على الوقائع، معتبرا

---

[1]. الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه، ص: 244.

[2]. د. حمادي، إدريس، المنهج الأصولي في فقه الخطاب، المركز الثقافي العربي، بيروت: لبنان، ط1، 1998، ص:147.

[3].سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، أبو الربيع، من علماء الحنابلة المشهورين، عرف بقوة الحافظة و شدة الذكاء، له الذريعة في معرفة أسرار الشريعة، تحفة أهل الأدب في معرفة لسان العرب، شرح الأربعين النووية و اختصر و شرح الروضة لابن قدامة في كتابه البلبل في أصول الفقه، توفي رحمه الله سنة 716هـ .

[4]. الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق د. عبد الله تركي، مؤسسة الرسالة ، ط1، 1990م ، ج3، ص: 236.

[5]. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص:374.

[6]. الشاطبي، الموافقات، ج: 5، ص: 12.

[7].د.النجار، عبد المجيد، فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، مجلة الموافقات، ع1،1992، المعهد الوطني العالي لأصول الدين،الجزائر،ص:270.

إياه ضربا من الاجتهاد المستمر، فقال:" الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط"[1].

د. تعريف العلامة الشاطبي لتحقيق المناط:

" أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله"[2]، يقصد بالمناط الوصف الذي علق عليه الشارع الحكيم الحكم في الأصل، قد عُلم أنه مناط إما بنص أو اجتهاد، و بقي على المجتهد أن ينظر في تحققه على مستوى آحاد الصور الموجودة أمامه في تلك الواقعة، باستكشافها و تكييفها و تحليل عناصرها و تفسير أسبابها و التعرف على مآلاتها، "و هذا يتضمن دراسة وتحليل الظواهر و تمييز كل ظاهرة عن غيرها مما يمكن أن تتشابه أو تختلط معها و ذلك بتحديد خصائصها المميزة بدقة، و المصالح و المفاسد التي تنطوي عليها في الواقع"[3]، و متى وجد الشبه أو النسبة بين صورة معينة من تلك الواقعة و مناط الأصل ألحقها به، و عملية إلحاق الفرع بالأصل أو الجزئي بالكلي هي المعبّر عنها بتحقيق المناط، أي مناط الحكم في الواقع وهو محل وقوعه.

فرع ب : مراتب تحقيق المناط:

إن الحكم الشرعي في شكله النظري النموذجي، لا يمكنه أن ينطبق على الواقع بصفة آلية مباشرة، من دون خطة منهجية عملية تنزله من أفقه العام التجريدي على مناطات التطبيق الجزئية، وهي تلك الوقائع المشخصة أو العينات الواقعية من أفراد التصرفات و الأوضاع، و هذا بعد التحقيق فيها لمعرفة أي الأحكام ينطبق عليها فتُجرى على وفقه، و هذا الضرب من الاجتهاد له مرتبين من النظر: الأولى نظر عام و الثانية نظر مخصوص من ذلك العام،قال الشاطبي رحمه الله:" فكان تحقيق المناط على قسمين:تحقيق عام و هو ما ذكر، و تحقيق خاص من ذلك العام "[4].

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ج5، ص: 11.

[2]. المصدر نفسه، نفس الجزء، نفس الصفحة.

[3]. د. خليل، فوزي، المصلحة العامة من منظور إسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت: لبنان، 2003م، ط1، ص: 391.

[4]. الشاطبي، الموافقات، ص: 05/ 23.

المرتبة الأولى: تحقيق المناط العام: و هو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله[1]، إذ ينصبّ النظر في هذا التحقيق على نوع الوقائع والتصرفات، التي يتبيّن بالنظر الاجتهادي أنها من مشمولات الحكم الواجب التطبيق، وهذا ما أوضحه الدكتور النجار في قوله:"وتحقيق المناط ينبغي تبعا لذلك أن يمر بمرتبة أولى هي التحقيق في الأنواع التي يتجه إليها الحكم الشرعي لتبيّن الأنواع التي هي من مشمولات الحكم فيناط بها، وتمييز ما هو مشتبه بها فيصرف عن دائرة الحكم"[2]، عندما يثبت الحكم بمدركه الشرعي، إما بتبيّنه من بين أحكام قد تكون مشابهة له أو متداخلة معه، أو باستنباطه طبقا لقواعد أصول الفقه إذا لم يكن حكما منصوصا عليه، يشرع المجتهد في تعيين محله، حيث ينصب نظره في هذه المرتبة على الأنواع، أي أنواع الوقائع و التصرفات، ذلك لأن تصرفات و أفعال المكلفين عبارة عن أجناس تشتمل على جملة من الأنواع المختلفة و المتعددة و المتداخلة أيضا، فكل جنس من هذه الأفعال أو التصرفات تنضوي تحته أنواع لا تحصى يشتبه أن تكون من مشمولات الحكم الواجب التطبيق، ذلك" لأن الحكم الشرعي الذي ينطوي عليه النص صورة كلية و قاعدة عامة تتجه إلى أجناس الأفعال و بالرجوع إلى واقع الحياة الإنسانية يتبيّن أن تصرفات الإنسان تشتمل على أنواع كثيرة تندرج تحت تلك الأجناس و تكون مشمولة بالأوامر والنواهي المتجهة إلى هذه الأجناس"[3].

بيّن الشاطبي هذه المرتبة، على أنها" نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما"[4]، أي لعموم المكلفين، و ليس لمكلف محدد بعينه، و من غير التفات فيه إلى ما يميّز كل مكلف عن غيره، فهو نظر عام شامل، يقتضي معرفة الواقع في عمومه و الحالات في إجمالها، متجه أساسا إلى الأنواع من حيث تعيّنها لا إلى الخصوصيات العينية المشخصة بالزمان والمكان و الكيف، و التي قد تلتبس بتلك الأنواع.

و معنى كون الحكم الشرعي - قبل تنزيله- يتسم بالعموم، أنه غير محدد بزمان أو مكان أو متعلق بشخص معيّن فهو يشمل عموم المحكوم فيه والمحكوم عليه على سبيل الاستغراق، لأن الأحكام الشرعية بحسب تعبير الشاطبي رحمه الله "مطلقات و عمومات"[5]، و أما كونه مجرد، فمعناه أنه يقع في الذهن

---

[1]. الشاطبي، الموفقات، ص:05/ 12.

[2]. د. عبد المجيد النجار، مجلة الموافقات، ص: 272.

[3]. د. خليل، فوزي، المصلحة العامة من منظور إسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت: لبنان، ط1 ،2003 م ص: 391.

[4]. الشاطبي، الموافقات، ج 5، ص: 23.

[5]. المصدر نفسه، ص: 17.

مطلقا عن كل تعلّق خارجي مشخّص، عدا تعلّقه بمآخذه الشرعية، أي على صفته النموذجية النظرية البحتة التي وُضع في الأصل على وفقها. و تبعا لذلك، فإنه يتجه إلى جنس الوقائع و التصرفات المجرّدة عن حدود الزمان و المكان و عن التعلق بشخص معيّن، فإذا شرع المجتهد في تنزيله من أفقه العام التجريدي، إلى أرض الواقع، فإنه بذلك يحقق في مناطاته في صورها الجزئية المتجهة إلى الأنواع، لمعرفة ما إذا كانت من مشمولات ذلك الحكم فتُناط به، أو تصرف عن دائرة الحكم إن لم تكن من أفراده.

مثاله:"تحريم السرقة "، قاعدة عامة مجردة، تنصرف إلى تحريم جنس السرقة الذي تنضوي تحته ما لا يحصى من الوقائع و الأفعال المتشابهة و المتمايزة في نفس الوقت،فسرقة التيار الكهربائي و الشيك بدون رصيد و اختلاس المال العام و اقتحام المنازل و سرقة محتوياتها و اختلاس حافظة النقود من المارة أو هواتفهم المحمولة...الخ، كلها أنواع تدخل تحت جنس السرقة و تبدو متشابهة ظاهريا من أول وهلة، و هي تدور في عمومها حول محور واحد هو أخذ مال الغير بدون رضاه، لذلك فهي تحتاج إلى تحقيق مناطها العام بتمييزها و تفسيرها و تحديد آثارها و ما مدى مقدار المفسدة التي ينطوي عليها كل نوع من أنواع هذه الوقائع الجزئية المشمولة بحكم السرقة ظاهريا، ثم إلحاق كلّ منها إلى جنسه ليُناط بالحكم المتجه إلى ذلك الجنس، و ما كان غير داخل يصرف عن دائرة الحكم ليُناط بالحكم المناسب له.

فإذا انتهى نظر المجتهد إلى أن"سرقة التيار الكهربائي"، يعتبر سرقة موصوفة، فإنه يدرج هذه الواقعة تحت جنس السرقة ثم ينيط بها حكمها، و بالتالي يتبيّن أن حكم السرقة بعد تنزيله يتجه إلى أحد تلك الأنواع المنضوية تحت جنس السرقة المذكورة آنفا و يخضع إلى خصوصياتها العينية المشخصة، إذ أضحى أكثر خصوصية وتعلقا بالأبعاد الظرفية، بعد أن كان في بادئ الأمر- أي قبل تنزيله-عاما مجردا، في صورته النظرية النموذجية.

وهذه المرحلة من تحقيق المناط تقتضي معرفة الواقع في عمومه و ملابسات و ظروف الفعل أو الواقعة، بحيث تتدخل هذه العناصر الظرفية في بلورة التصوّر العام لتلك النازلة محل النظر، مما يستوجب على المجتهد أن يكون ملمّا بعناصرها و الجوانب المحيطة بها حتى يتمكن من المواءمة بين النص و الواقع، و من ثمّة اجتناء ثمرات التطبيق من خلال إيقاع الحكم و فق مقصود الشارع.

و من خلال هذه المواءمة تظهر فعالية العقل بشكل واسع، حيث تتطلب هذه العملية ملكة فقهية متخصصة و دُربة و مران على المطابقة و المواءمة بين الكليات النظرية المجردة و الجزئيات التطبيقية المشخصة،و هو ليس بالأمر السهل لأن"القضاء و الفتوى صناعة كلاهما يحتاج إلى نظر وإمعان في

جزئيات المسائل حتى يتبين لهما اندراجها تحت كليات الفقه، و إدراج الجزئي تحت الكلي عسير لكثرة ما يقع فيه من الاشتباه بسبب اشتمال الجزئي على أوصاف مختلفة بعضها ينزع إلى هذا الكلي و بعضها ينزع إلى غيره، و هو بأحدهما أمس منه بالآخر و ربما كانت الجهة التي هو بها أمس، دقيقة تخفى على غير الفاطن"[1]. و يعتبر هذا النظر العام تمهيدا للنظر الثاني.

المرتبة الثانية : تحقيق المناط الخاص.

هو تحقيق ينصب النظر فيه على الأعيان المشخصة، بمعنى أنه يتجه إلى أفراد النوع الذي حقق في المرتبة الأولى كونه مناط للحكم، "و هو النظر الخاص فأعلى من هذا و أدق"[2]، إذ قد يرد على ذهن المجتهد المحقق اشتباه بعض أفراد النوع الواحد و جزئياته من وقائع و تصرفات ببعضها الآخر، فيظن أن مناطها واحد، في حين تبدو عند التحقيق أنها مختلفة، ذلك لأن "كل نوع ممّا ثبت أنه مناط للحكم يشتمل على أفراد عينية كثيرة من الأفعال و الفاعلين و الأحداث و الصّور و الظواهر، و هذه الأفراد ربما يشتبه أن بعضها منها مشمول للنوع الذي وقع تعيينه و هو في الحقيقة ليس كذلك، كما أن الأفراد التي هي مندرجة بذاتها تحت ذلك النوع قد تحف بها ملابسات في تشخصها تستدعي استثناءها من نوعها"[3]، فيخرجها من المساق الكلي للحكم و يلحقها بما يناسبها من الأحكام الأخرى. و تتمثل هذه المرتبة في كونها " نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية"[4]، أي"نظر فيما يصلح لكل مكلّف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، و حال دون حال و شخص دون شخص إذ النفوس ليست في قبول الأعمال الخاصة على وِزان واحد...فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نور يعرف به النفوس و مراميها و تفاوت إدراكها، و قوة تحمّلها للتكاليف، و صبرها على حمل أعبائها أو ضعفها...فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين و التكاليف بهذا التحقيق، لكن مما ثبت عمومه

---

[1]. شروح و حواشي لامية الزقاق، الوزاني ص: 31، نقلا عن عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، المغرب: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، 2003م، ص:186.

[2]. الشاطبي، الموافقات، ص: 05/ 23- 24.

[3]. د. النجار، مجلة الموافقات، ص: 273.

[4]. الشاطبي، الموافقات، ص:05/ 24.

في التحقيق الأول العام، وتقييد به ما ثبت إطلاقه في الأول، أو يضم قيدا أو قيودا لما ثبت له في الأول بعض القيود".[1]

نستنتج من كلام العلامة ألشاطبي، ما يلي:

1. أن تحقيق المناط الخاص هو تخصيص لعموم تحقيق المناط العام أو تقييد لإطلاقه.
2. تقدير و مراعاة حال كل مكلف في نفسه بحسب الاعتبارات الظرفية و النفسية "ومما يدخل في هذا الباب مراعاة الإمكان أي تقدير ما يمكن و ما لا يمكن، وتقدير حدود الإمكان فيما هو ممكن، لأن التكليف الشرعي يدور مع القدرة و الإمكان وجودا و عدما و قدرا."[2]
3. يتصف صاحب هذا التحقيق بالفطنة و النباهة و شدة الذكاء، بحيث لا تخفى عليه الأمور الدقيقة.
4. النظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، ليتعرف منه الناظر مداخل الشيطان و مداخل الهوى و الحظوظ العاجلة فيُلقي على ذلك المكلف الفتوى أو الحكم الشرعي مقيّدة بقيود التحرّز من تلك المداخل.

في مثال حكم السرقة السابق، يكون المجتهد قد حقق المناط العام لتلك الأنواع المنضوية تحت جنس السرقة فتبيّن له أن سرقة التيار الكهربائي تعتبر بالفعل فرد من أفراد هذا الجنس لاتحاد مناط الفرع و الأصل بالحكم المقرّر لهذه الجريمة، و ذلك بعد أن يكون قد تحقق من توفر الشروط ككون المسروق نصابا، فالكهرباء له قيمة مالية، وأُخذ هذا المال خُفية أي دون علم مصالح الكهرباء، ومن حرز لأن" الكهرباء يمكن ضبطه و حيازته كما يمكن نقله من حيّز إلى آخر"[3]، وهذا تحقيق للمناط من حيث العموم، ثم تأتي مرحلة تحقيق المناط الخاص، لتخصّص عموم التحقيق الأول أو تقيّد إطلاقه، فبعد تدقيق النظر في ملابسات الواقعة و حالة السارق النفسية و الاجتماعية والمادية... و مراعاة الظروف المحيطة بالواقعة من كل الجوانب، قد يتبيّن للمجتهد أن السارق قام بذلك الفعل بدافع الضرورة، لما تبيّن له من العوامل الآتية:

- إذا أثبت المتهم أنه قام بتقديم طلب للتزود بالكهرباء و لكنه لم يحض بالرّد.

---

[1]. المصدر نفسه، ص:05/ 23.

[2]. د. الريسوني، الاجتهاد، ص: 66.

[3]. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية،1984، المطبعة الجهوية بوهران، ص: 462.

- إذا أثبت التقرير الطبي أن المتهم مُصاب بمرض مزمن، يتطلب أخذ الدواء على التأبيد، يتوجّب حفظه في الثلاجة و إلاّ فسد و أضرّ بصاحبه.

لا يسع المجتهد إلا أن يأخذ هذين الظرفين بعين الاعتبار في تحقيقه المنصب على أفراد النوع الذي تمّ تحقيقه في المناط العام، الذي انتهى فيه إلى كون سرقة التيار الكهربائي تعدّ جريمة سرقة، ممّا يجعله يصرف هذه الواقعة عن حكم السرقة و ينيطه بحكم آخر أكثر مناسبة لظروفه و هو تغريمه بدفع الأقساط المستهلكة سابقا من الكهرباء و طلب تسوية وضعيته مع مصالح الكهرباء، ثم إعفائه
من العقوبة.

مثال آخر: وزارة العدل تعلن عن توظيف قضاة أحداث، مشترطة للالتحاق بهذه الوظيفة مثلا:
الجنسية الجزائرية، الحيازة على شهادة الليسانس في الحقوق، الإعفاء من الخدمة العسكرية، التجربة المهنية...، إلى غير ذلك من الشروط الشكلية أو كما عبّر عنها الشاطبي بـ"التهيئة الظاهرة."[1]

بالنظر الأول المعبّر عنه بتحقيق المناط العام، سيُحتفظ بطلبات الترشيح التي تستجيب لهذه الشروط الشكلية فقط، لأن" المكلّفين كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في هذا النظر"[2]، ثم تأتي مرحلة تحقيق المناط الخاص و هو نظر أخص و أدق من الأول إذ يُعاد النظر في طلبات الترشح التي قُبلت بالنظر الأول في عمومها، بنظر مختلف عنه حيث سيتم التدقيق في كل طلب مرشح على حدا، لا من حيث استجابته للشروط العامة للتوظيف أو التهيئة الظاهرة، لأن هذا قد تمّ في المرحلة الأولى بتحقيق المناط العام، و إنما يتم ذلك من حيث اعتبارات تلك الاستجابة بحسب حالات و أوضاع كل مرشح و مدى استعداده النفسي لتحمّل أعباء تلك الوظيفة.

حيث يتم التركيز في هذه المرحلة على معرفة القدرة النفسية لكل مرشح على التعامل مع المراهقين، فإذا تبيّن أن من بين المرشحين متزوجون و لديهم أطفال، ستكون لهم الأولوية في التوظيف، لكونهم أعرف بنفسية الأحداث بحكم وضعيتهم العائلية و تعاملهم مع أبنائهم، أيضا إذا اتضح أن من بين المترشحين من كان مدرسا في مؤسسة تعليمية أو مربيا اجتماعيا في مركز رعاية، أو كان حاصلا على شهادة ثانية

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ص: 05 /23.

[2]. المصدر نفسه، نفس الجزء و الصفحة.

في علم النفس، كل أولائك سيحضون بالأولوية في التعيين لكونهم الأكثر استعدادا من غيرهم على تحمّل أعباء هذه الوظيفة.

فرع ج : شروط تحقيق المناط:

لقد اعتبر العلامة الشاطبي تحقيق المناط، المقدمة النظرية لكل دليل شرعي أو حكم شرعي، فهو يرى" أن كل دليل شرعي منبني على مقدمتين إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم و الأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي؛ فالأولى نظرية راجعة إلى تحقيق المناط، و الثانية راجعة إلى الحكم، فالحاصل أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة و مقيدة و ذلك مقتضى إحدى المقدمتين و هي النقلية، و لا يُنزّل الحكم إلا على ما تحقق أنه مناط ذلك الحكم على الإطلاق أو على التقييد و هو مقتضى المقدمة النظرية"[1]، و هي المقدمة الأولى، و معنى ذلك أن كل حكم شرعي يفتقر عند تنزيله إلى نظرين، نظر في دليل مشروعيته، و نظر في كيفية وقوعه أي تحقيق مناطه. و هذا نظير ما قرّره العلامة القرافي[2] في فروقه، في« الفرق السادس عشر بين قاعدة أدلة مشروعية الأحكام و بين قاعدة وقوع الأحكام»[3]، حيث فرق بين أدلة مشروعية الأحكام وهي، محصورة و بين أدلة وقوع الأحكام كالأسباب و الموانع، و هذه غير منحصرة، إلا أنه عبر عن تحقيق المناط بدليل وقوع الحكم و هو مقتضى المقدمة النظرية، و أما المقدمة النقلية الراجعة لنفس الحكم الشرعي فقد عبر عنها بدليل مشروعية الأحكام، و" هذا يتطلب معرفة فعل المكلف على حقيقته، و معرفة ما يدخل فيه و ما لا يدخل فيه، و هذا يقتضي المعرفة الجيدة بالواقع و مكوّناته، و بالأشياء و أوصافها، و بالأفعال و أسبابها وأثارها، إذ من دون هذا يمكن أن يقع تنزيل الأحكام على غير ما وُضعت له، أو على أكثر مما وُضعت له، أو على أقل مما وُضعت له، ويمكن أن يقع تعطيل الحكم مع وجود محلّه و مناطه "[4]، و من هنا يمكن استخلاص شروط تحقيق المناط:

---

1. الشاطبي، الموافقات، ص: 03/ 231-232.

2. شهاب الدين: أبو العباس أحمد بن أبي العلاء: إدريس الصنهاجي المصري، الشهير بالقرافي، الإمام العلامة الحافظ، أحد الأعلام المشهورين في المذهب المالكي، له تأليف مهمة كالذخيرة و الفروق و شرح التهذيب و شرح الجلاب في الفقه و التنقيح في الأصول و شرح محصول الرازي، أخذ عن ابن الحاجب و العز بن عبد السلام و غيرهما، توفي رحمه الله سنة 684هـ. الديباج المذهب، ص: 411، شجرة النور الزكية، ص: 270/01، الفكر السامي 68/04.

3. القرافي، الفروق، ضبطه خليل المنصور، بيروت: دار الكتب العلمية، ط01/ 1998، ص: 231/01-232.

4. د. الريسوني، محمد، الاجتهاد النص الواقع المصلحة، دار الفكر، دمشق: سوريا، ط1، 2000م ، ص: 64.

أ.ملكة فقهية متخصصة، ذات دُربة و مران، و ذات قدرة على المطابقة بين الحكم الشرعي المراد تنزيله و الواقعة محل النظر.

ب.واقعة أو نازلة يُراد تحقيق المناط فيها.

ج.فهم الواقع المحيط بالواقعة و التعرف على حيثياته من المختصين كل في مجاله.

د.المعرفة المعمقة لفقه النصوص، بقصد إعداد الحكم لتنزيله على الواقع.

المطلب الثاني : التكييف القانوني La qualification juridique

التكييف القانوني هو عملية أوّلية و ضرورية تسبق إنزال القاعدة القانونية على الحالات الواقعية، كما يعتبر المقدمة المنطقية التي تتوقف عليها نتائج النظر الاجتهادي القضائي، بغية التوصل إلى استنباط الحكم الواجب التطبيق، فكلما كان التكييف صحيحا خاليا من الشوائب، كلما مكّن القاضي من الاهتداء إلى الحكم الصحيح و الملائم للحالة الواقعية محل النظر، باعتباره وسيلة تشخيص للقضية من حيث الواقع،كما تقتضي هذه العملية إعمال جهد فكري خلاّق يبعد بها عن أن تكون مجرّد عمل آلي يتم بملاحظة مدى تطابق الوقائع للنصوص القانونية.

فرع ا: تعريف التكييف القانوني.

لتوضيح مسألة التكييف و بيان طبيعتها، لابد من التعريف بها لغة و في اصطلاح القانونيين باعتبارها مرحلة ضرورية يمر عبرها القاضي لتوصيف الحالة الواقعية محل النظر، و هي مسألة تثار دائما عند تطبيق أي قاعدة قانونية.

1." التكييف لغة : من كاف الشيء يكيفه تكييفا بمعنى قطعه و يأتي أيضا بمعنى ينقصه"[1]، جاء عن الزبيدي[2] قوله:" التكييف من كيّفته فتكيّف، فإنه قياس لا سماع فيه من العرب، و نصّ اللّحياني، فأما

---

1. ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص: 313312.

2. محمد بن حسن بن عبد الله بن مذحج الزبيدي، يكنى أبا بكر، كان فقيها أديبا شاعرا، حافظا للفقه والحديث، تفقه عند اللؤلؤي و ابن القوطية و سمع من قاسم بن أصبغ، و أخذ عنه ابنه أبو القاسم و القاضي ابن أبي مسلم، غلب عليه الأدب و علم العربية، و كان واحد عصره في النحو و اللغة، ولي قضاء إشبيلية، من مصنفاته الواضح في النحو و كتاب الأبنية و كتاب لحن العامة و غيرها، توفي رحمه الله في سنة 379هـ. الديباج المذهب ص: 358-359، شجرة النور الزكية، ص:149/01.

قولهم:كيّف الشيء فكلام مولّد، قلت: فعنى بالقياس هنا التوليد، قال شيخنا: أو أنها مولّدة و لكن أجروها على قياس كلام العرب."[1]

2. التعريف الاصطلاحي للتكييف القانوني:

عرّفه أحد رجال القانون الجزائريين على أنه "إعطاء النزاع المعروض على القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معيّنة على النزاع"[2].

و قيل في تعريفه أيضا: " هو عبارة عن ترجمة عناصر واقعية بحتة بمفاهيم قانونية."[3]

و عرّفه آخر بقوله:" أن التكييف يتمثّل – بكل بساطة – في تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو عمل قانوني، وفقا للقانون الواجب التطبيق و لشروط تطبيقه."[4]

نستخلص من خلال هذه التعريفات أن التكييف يقوم على إدراج الجزئي الذي يمثل العناصر الواقعية المادية تحت الكلي المتمثل في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، و ذلك بإلحاق الحالة الواقعية بأصلها القانوني الذي يحكمها في إطار حل نزاع قضائي.

3.تكييف التصرف القانوني و الواقعة القانونية:

التصرف القانوني acte juridique هو" اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فالشخص يريد وقوع الفعل، و يريد أن تترتب آثاره كما هو الحال في البيع مثلا."[5]

أما الواقعة القانونية fait juridique "و هي التي يرتب القانون أثرا بغض النظر عن أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر، و يدخل فيها الواقعة الطبيعية كالجوار و القرابة و الميلاد و الوفاة، فالقانون يرتب عليها حقوقا و واجبات، و كذلك يدخل في الواقعة القانونية، الواقعة المادية التي تصدر عن الإنسان سواء أكان ما يقوم به من فعل عمدي أو غير عمدي، و سواء كان فعلا ضارا أو نافعا."[6]

---

[1]. الزبيدي، ج12، ص: 475.

[2]. أ. ألغوثي، بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 57.

[3]. د. حلمي الحجار، المنهجية في القانون، ص: 90.

[4]. د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ص:179.

[5]. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص:32.

[6]. المرجع السابق، ص: 33.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن تكييف الواقعة القانونية طبيعية كانت أم مادية يختلف عن تكييف التصرف القانوني من حيث دور الإرادة في التوصيف القانوني للعناصر الواقعية؛ فبالنسبة للتصرف القانوني، الأصل فيه أنه منبثق عن الإرادة الحرة للمتعاقدين، و بالتالي فإن إرادتهما تلعب دورا في تحديد الوصف القانوني للعقد، و متى جاء تكييفهما للتصرف القانوني صحيحا أخذ به القاضي أما في حالة الخطأ، فله أن يعيد له وصفه الصحيح، " فإن عمله في إعادة إعطاء الوصف الصحيح يجب أن ينطلق من استجلاء الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، و هذا يعني أن إعطاء الوصف القانوني ينطلق دوما من إرادة المتعاقدين"[1]، هذا في حالة التصرف القانوني، " أما في حالة الواقعة المادية فلا دخل لإرادة الخصوم في النتيجة التي يرتبها عليها القانون، فالواقعة المادية يمكن أن تكون طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، كما يمكن أن تداخلها إرادة الإنسان و لكن النتيجة التي يرتبها القانون عليها تخرج دوما عن إرادة الإنسان، و تتوقف هذه النتيجة على مدى انطباق الواقعة على الوصف الذي حدده القانون و يخرج بالتالي هذا الوصف عن إرادة أصحاب العلاقة."[2]

و قد نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في المادة 29 منه على أن: "يكيّف القاضي الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم."

يمكن أن نستخلص من مجموع التعريفات أن كلمة التكييف تعني اصطلاحا إضفاء الوصف القانوني على الحالة الواقعية التي قد تكوّن تصرف قانوني أو واقعة قانونية، قصد إدراجها في إطار فكرة قانونية و من ثمّ تطبيق القاعدة القانونية الملائمة و هو أيضا توصيف للحالة الواقعية محل النظر قبل إسقاط القانون الواجب التطبيق عليها، و نلمس من خلال هذه الأقوال في تعريف و شرح التكييف القانوني أنه يعتمد على عملية الإلحاق أو إدراج الجزئي الذي يمثل الوقائع المادية في الكلي المتمثل في القاعدة القانونية، و هذه العملية هي نفسها التي ذكرت في آلية تحقيق المناط السابقة.

فرع ب: طبيعة التكييف القانوني:

[1]. حلمي الحجار، المنهجية في القانون، ص: 91.

[2]. المنهجية في القانون، نفس الصفحة.

1) التكييف القانوني هو عمل ذهني يتطلب جهدا فكريا خلاّقا لا يكتفي فيه رجل القانون بالإلمام بالأحكام التي يتضمنها قانون معيّن، مثل الإحاطة بالأحكام المتعلقة بعقد البيع أو عقد الهبة أو عقد الإيجار، لأن إدراك التكييف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث أو التصرف القانوني هي عملية ذهنية تحتاج إلى خبرة خاصة وبصيرة نافذة، بالإضافة إلى ما تتطلبه من حاسة قانونية مرهفة، و خبرة قضائية و فراسة، فالحكم بدون تفرّس قد يؤدي إلى الظلم، كأن يحكم على الواقعة في ضوء تجارب الماضي اعتقادا منه أن بينها تشابه، في حين تفرق الواقعة محل النظر عن التجارب السابقة بأن تكون لها خصوصية متميّزة لم يلحظها القاضي، مما يؤدي إلى الخطأ في التكييف و بالتالي إلى الخطأ في تطبيق القانون.

و سبب هذا الخطأ قد يرجع إلى عدم إمعان النظر في تفاصيل الحالة الواقعية، أو عدم ملاحظة الفروق الجوهرية و قد تكون خفية لا يلحظها إلا من بلغ مرتبة عالية في الاجتهاد القضائي، الأمر الذي يجعل القاضي يكوّن قناعته على أساس أن المسألة محل النظر تشبه وقائع سبق الحكم عليها، فيلحقها بحكمها، و من جانب آخر، فإن الاقتصار على التحليل وحده و الإغراق في التفاصيل التي قد لا تكون لها علاقة مباشرة، و لو أبدى القاضي ذكاء خارقا و فطنة مذهلة في فهمها و تحليلها مع العجز عن استخلاص بيت القصيد من القضية أي عدم القدرة على الإلحاق، و الربط بين الجزئي و القاعدة العامة التي تمثل النص القانوني، فإنه عيب يؤثر سلبا في التكييف وبالتالي يقع الخطأ في تطبيق القانون أي دون أن يهتدي إلى ربط الجزئيات بأصلها.

كما تتمثل طبيعة التكييف في كونه عمل ذهني منطقي مثل تحقيق المناط،"و يتم ذلك عن طريق مقارنة للوقائع بالقاعدة القانونية المفترضة التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه."[1]

هذا الجهد الفكري يتطلب من القاضي أن تكون لديه القدرة على التحليل و التأصيل في آن واحد، أي معاينة جزئيات و تفاصيل الواقعة و تفكيكها إلى عناصرها الأوّلية لدراستها، و في نفس الوقت القدرة على الوصول إلى جوهر القضية أو النواة المركزية للحالة الواقعية التي من خلالها يتوصل إلى استنباط الحكم الواجب التطبيق بواسطة إلحاقها بالقاعدة التي تحكمها، "و يتم الربط بين العناصر الواقعية و المفاهيم القانونية عن طريق إعطاء الوصف القانوني للعناصر الواقعية، لأن الوصف القانوني هو الذي

[1]. أ.الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 57.

يرتقي بالواقعة من حالة المادية التي تمثلها إلى الحالة القانونية التي تنطبق على قاعدة قانونية معينة، و ذلك من خلال ترجمة العنصر الواقعي بمفهوم قانوني"[1]، فالتكييف القانوني هو بمثابة الرابط الذي يتوسط ما بين الوقائع و قاعدة قانونية محتملة التطبيق، و هو الذي يهدي القاضي إلى الحل القانوني للنزاع القضائي.

2) طبيعة التكييف القانوني من خلال بعض فروع القانون:

التكييف في القانون المدني : يلجأ القاضي المدني إلى تكييف كافة الأعمال القانونية الخاصة التي يقوم بها الأطراف غير الملمّين بالقوانين، بتكييفها عشوائيا في بعض الأحيان، "و هكذا فإن القاضي يقرّر ما إذا كان الأمر يتعلق بوعد بيع أو بيع معلّق على شرط أو بقرض مقابل مساهمة في الأرباح أو بحصة في الشركة"[2]، فإن تكييف العقد المدني معناه، " إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معيّن من العقود"[3] المسماة مثلا هل هو عقد بيع أو إيجار الخ،وهي مهمة القاضي المدني دون سواه، فهو ملزم بإضفاء الوصف القانوني على العقد موضوع النزاع تمهيدا له في إنزال القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

و هو مرحلة ضرورية لا يمكن الاستغناء عليها لأن الحكم متوقف عليها، "و يرجع ذلك إلى أن القانون يتكون من مجموعة محدودة من القواعد بينما وقائع الحياة متنوعة و غير محدودة، فعند تطبيق القانون على الواقع فإن ذلك يستلزم دائما تكييف هذا الواقع، بمعنى تحديد الطائفة القانونية التي ينتمي إليها هذا الواقع تمهيدا لتطبيق القواعد القانونية التي تحكم هذه الطائفة عليه.[4]"

بناء على ذلك فإن القاضي" لا يتقيّد مطلقا بما يضفيه المتعاقدان من تسمية للعقد الذي أبرماه...إذ هو وحده الملزم بإعمال القانون و تطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه...فالقاضي يكيّف عقود الخصوم و يصفها الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون، و لو خالف ذلك تكييف المتعاقدين."[5]و يتبع القاضي المدني في إجراء عملية التكييف مرحلتين متتاليتين:

---

[1]. المنهجية في القانون، ص: 229.

[2]. د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ص : 179

[3]. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ص:304.

[4]. د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، " البيع"، ج1، دار النهضة العربية، بيروت: لبنان، ط1، 1997م، ص:10.

[5]. د. محمد صبري السعد، شرح القانون المدني الجزائري، ص: 304/01.

الأولى: يحدد الفكرة الجوهرية أو العناصر المميزة للعقد من الناحية النظرية، فأهم ما يميز عقد البيع مثلا الثمن و نقل الملكية...الخ.

الثانية: ينظر في واقع العقد المطروح أمامه إن كان يحتوي على عناصر واقعية تقابل العناصر القانونية التي حددها بصفة مجردة.[1]

و من هنا نستنتج أن التكييف في القانون المدني عبارة عن مقابلة بين ما هو واقع و القانون أو مضاهاة العناصر الواقعية للعقد محل النظر و الوصف القانوني الذي أعطاه المشرع لعقد من العقود، فإذا ما حصل التطابق التام، أدرج العقد تحت تلك الطائفة القانونية من العقود، و طبق القاضي عليه الأحكام الخاصة بها، إلا أن الوضع غالبا ما لا يكون بهذه السهولة فقد تصافه عقود معقدة، قد تكون مركبة حيث يتداخل أكثر من عقد في العملية التعاقدية الواحدة، و قد يتعلق الأمر بسلسلة من العقود، فتثار مثلا مشكلة ما إذا كانت هذه العقود تحتمل الانقسام أم لا، حتى يتمكن من توصيفها، فكل هذه الصعوبات تجعل القاضي المدني يتخذ الحلول بحسب طبيعة العقد القانونية:

- فمثلا "عندما يتعلق الأمر بعقد مركب فإنه لا يكون له إلا طبيعة واحدة، و لذلك يكون التكييف حصريا، و في هذه الحالة القاضي قد يستمد طبيعته القانونية من مكوناته الرئيسية"[2]، فالعقد الذي يجمع بين البيع و تقديم خدمة كبائع الأقمشة و في نفس الوقت يقوم بخياطتها، هو مزيج من البيع و تقديم خدمات، و القاضي في هذه الحالة لا يعتد إلا بالبيع، بالرغم من اصطباغه بالطابع الخدماتي.
- كما له أن يعطي تكييفا تقريبيا في الحالات التي يغير فيها الأطراف العنصر الرئيس للعقد.

3) أهمية التكييف في القانون المدني:

تتجلى هذه الأهمية في ما يلي:

الأول: أن التكييف في القانون المدني يعتبر وسيلة لتحديد مضمون العقد إذ يضعه في الإطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها.

---

[1]. د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ص: 11/01، بتصرف.

[2]. د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 17.

الثاني: أن التكييف ضروري لتقدير صحة أو بطلان العقد فإن"جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها، يرتبط بالوصف القانوني للعقد فالتكييف لازم لتقدير الصحة و البطلان أيضا"[1] الذي يضفيه القاضي لتطبيق الأحكام المتعلقة به، مستظهرا حقيقته و مستنبطا الواقع من عباراته على ضوء الظروف الملابسة.

الثالث: فضلا عن كونه إجراء أولي ضروري يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تطبق على النزاع، فإذا سبب أحد الأشخاص ضرراً لشخص آخر، وطالب المضرور بالتعويض، يتوقف تحديد القواعد القانونية التي يُحكم بموجبها بالتعويض على تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المضرور بمرتكب الضرر.فإذا كانت هذه العلاقة ذات طبيعة تعاقدية، تطبق في هذه الحال أحكام المسؤولية التعاقدية،وإذا كان سبب الضرر فعل ضار، تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية.

التكييف في القانون التجاري: تظهر أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون التجاري، بصورة خاصة، بالنسبة للإثبات، حيث تختلف قواعد الإثبات تبعاً لاختلاف صفة الالتزام التعاقدي موضوع النزاع. فإذا كان الالتزام التعاقدي صفة تجارية، فإنه يخضع لقواعد إثبات مختلفة تمام الاختلاف عن تلك التي تطبق على الالتزام التعاقدي المدني. حيث يجوز الإثبات بالشهادة، من حيث المبدأ، في الالتزامات التجارية التعاقدية مهما كانت قيمتها.

التكييف في القانون الجنائي.

التكييف في هذا الفرع القانوني هو إعطاء الفعل المكون للجريمة وصفه القانوني الصحيح، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية وفقاً لنص القانون، وبيان ما إذا كان يشكل جناية أو جنحة أو مخالفة، بحيث ينصبّ التكييف على تحديد نوعية الجريمة و إضفاء الوصف القانوني الذي يناسبها كأن تكون جناية قتل خطأ أو جنحة سرقة أو مخالفة قانون مرور،" و هكذا فإن قاضي التحقيق حين ينظر في ملف معيّن، يجد نفسه أمام سرد للوقائع بشكلها الخام،كما أن مصالح الشرطة تسرد الوقائع التي لاحظت وجودها أثناء التحقيق المبدئي، و الأمر كذلك لصاحب الشكوى الذي يرفع الدعوى إلى السلطات القضائية، و يلجأ إلى سرد الوقائع، و يحدث أحيانا أن يعطي هؤلاء و أولئك تكييفا مختصرا لتلك الوقائع. كما أن النيابة العامة التي تحال إليها القضية في المواد الجزائية، تقوم أحيانا بالتكييف، غير أن قاضي التحقيق هو الذي

[1]. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص: 306.

يعطي التكييف النهائي، تحت رقابة غرفة الاتهام، فهو يقرر مثلا إذا كان الأمر يتعلّق بسرقة، أو باحتيال، أو بإساءة ائتمان، أو بجريمة قتل مع سبق الإصرار أو مجرد جريمة قتل"[1].

و بناء عليه، فللقاضي أن يعدّل تلك التكييفات إذا اقتضى الأمر ذلك مع ذكر الأسباب التي حملته على التعديل، و هو ما يعبّر عنه بتسبيب التكييف، وعدم التقيد بالتكييف القانوني الذي رُفعت به الدعوي كما ورد في أمر الإحالة الصادر من النيابة أو في ورقة التكليف بالحضور أو في طلبات النيابة العامة، وإنما يتعين علي القاضي أن يضفي على الواقعة المعروضة عليه التكييف القانون السليم، كما أنه لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أثبتته غيره من جهات القضاء. ويستوي أن تكون هذه الجهة من قضاء التحقيق أو قضاء محكمة أول درجة، و من هنا تبرز أهمية التكييف في القانون الجنائي، حيث تتحدّد على أساسه طبيعة الفعل المعاقب عليه، هل هو مخالفة، جنحة، أم جناية أو أنه لا يكوّن أيّا منها، و بالتالي إخلاء سبيل المتهم،كما يمكّن من استخلاص نوعية العقوبة المسلطة كأن تكون مثلا السجن في الجناية و الحبس في الجنحة و الغرامة المالية في المخالفة، كأن يقوم القاضي بتحديد ما إذا كان سلب مال الغير هو من قبيل السرقة، أو النصب أو خيانة الأمانة، أو أن يحدد ما إذا كانت جريمة القتل عمدية و ما إذا اقترنت بظرف تشديد أو تخفيف مثل سبق الإصرار و الترصد أو أنها تخلو منهما.

التكييف في القانون الإداري.

لا يوجد في النظام القانوني الجزائري تقنين خاص بالقانون الإداري، حيث أن أحكام هذا الفرع من فروع القانون العام تكون مبثوثة على مستوى اللّوائح و القرارات و الأحكام القانونية و التشريعات الخاصة و العامة،" فيكون العبء على القاضي الإداري، أن يبحث من خلال اجتهاده على الحل المناسب للقاعدة القانونية في المنازعات الإدارية المختلفة و حسب نوعية الطعون التي تعرض عليه... فإن الطريقة المتبعة تتم بنوع من التجريد، و تؤدي بالقاضي إلى أن يبحث عن مبادئ عامة كبناء لنظام ذا محمول عام...ثم يعمل على إنزاله على القضايا "[2]، و يمثل القانون الإداري مجالا رحبا للاجتهاد القضائي يفوق فروع القانون الأخرى، أما فيما يتعلّق بالتكييف في القانون الإداري تحديدا، فإن الإدارة تضع في اعتبارها اختيار النص أو المبدأ القانوني الذي يتلاءم تطبيقه على الوقائع محل النظر، وذلك بأن تقوم بتكييف

[1]. د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ص178.

[2]. أ.الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص:65.

الحالات الواقعية مع القانون، إلا أن مجال التكييف القانوني للوقائع غير متروك لحرية الإدارة المطلقة، بل ثمّة ضابط لسلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال، يتمثل في ضمانة الرقابة القضائية.

تبدو أهمية التكييف القانوني في نطاق القانون الإداري، بشكل خاص، بالنسبة للعقود الإدارية. حيث يخضع العقد الإداري لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يخضع له العقد العادي الذي تطبق عليه قواعد القانون الخاص، وتخضع المنازعات المتعلقة به إلى القضاء العادي، في حين أن العقد الإداري تطبق عليه قواعد القانون العام، ويفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء الإداري.

التكييف في القانون الدولي الخاص:

ينظم القانون الدولي الخاص علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، أي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، و يهدف التكييف القانوني في نطاقه إلى تحديد الوصف السليم للعلاقة القانونية وذلك من أجل معرفة المجموعة القانونية التي ترتبط بها العلاقة في سبيل تحديد قاعدة الإسناد التي تبيّن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة.

تبدو أهمية التكييف في هذا الفرع القانوني بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية من جهة، ومن جهة أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف ذاتها، لذلك فإن التكييف يكتسي في القانون الدولي الخاص طابعا متميّزا عن فروع القانون الأخرى، إذ "لا يتعلّق الأمر بقضية تكييف بالمعنى الصحيح و إنما بقضية تنازع التكييفات"[1]، فكل نظام قانوني لدولة من الدول يُعطي تكييفا مختلفا عن النظام القانوني لدولة أخرى، ومن هنا تثور مسألة تنازع التكييفات conflit de - qualifications- نظرا لاختلاف الأنظمة القانونية حيث " تبرز ضرورة تحديد ما إذا كان يجدر الاستناد إلى قانون قاضي الدعوى أو إلى قانون أجنبي للحصول على التكييف الملائم للعلاقة القانونية موضوع النزاع"[2]، حيث أن قانون قاضي الدعوى قد يختلف مع قانون القاضي الأجنبي حول تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، فقد يصنفها أحد القانونين ضمن نطاق الحالة الشخصية و يلحقها الثاني بالحالة العينية، فليست كل الأنظمة القانونية تكيّف مسائل الميراث على أنها تدخل في نطاق الحالة الشخصية، بل الكثير منها تصنّفها ضمن الأموال مثلا، ومن هنا تثور مسألة التنازع بين التكييفات.

---

[1]. د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص،ص: 180.

[2]. نفس المرجع، نفس الصفحة.

فرع ج: مراحل التكييف القانوني.

تقتضي عملية التكييف من القائم بها جهدا مزدوجا في خصوص عنصري الواقع والقانون، فهي عملية تحتاج لدور إنشائي خلاق تعطي القاضي القدرة على تخصيص أو تجسيد الواقعة، وذلك في محاولته بأن يعطي هذه الواقعة عمومية النص القانوني وقوته ، و هذا ما أوضحه الأستاذ فرانسوا تيري François TERRE في قوله : " يقتضي حل النزاع النظر في مسألتين: مسألة الواقع و مسألة القانون. فالقاضي بعد تحديد الوقائع يطبق عليها القانون."[1]

القاضي عند تعامله مع الوقائع، "فهو يقدّر مدى تطابقها مع القاعدة القانونية، و في الأخير يقدّر أن أثرا معيّنا لقاعدة قانونية معيّنة هو الذي ينطبق على واقعة معيّنة متنازع فيها."[2] ذلك لأن الدعوى عندما تعرض على القاضي تكون خليطا من الواقع و القانون، و لكل دعوى ظروفها و ملابساتها الخاصة التي تنتظر إسقاط القانون المناسب عليها، و ليس من السهل التفرقة بين ما هو واقع و ما هو قانون إلاّ بممارسة نشاط فكرى يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الأمر، فالقاضي متى أتمّ فهم الواقع في الدعوى فإنه يبحث عن ما يجب تطبيقه أي تنزيله لأحكام القانون على هذا الواقع، ولماّ كانت أحكام القانون تتناول أنواعا وأعدادا من الحوادث لا تنحصر و هذه الحوادث لا تقوم إلاّ معيّنة، و لكل معنى منها خصوصية ليست في غيره فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلاّ بعد معرفة أن ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام.

فبموجب التكييف يقوم القاضي بتقدير و تحليل الوقائع، ثم المطابقة بينها و بين القاعدة القانونية المحتملة التطبيق، و هي عملية تقتضي المرور بمرحلتين أساسيتين: مرحلة تقدير الوقائع و هي من مسائل الواقع و مرحلة تفسير نص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وهي من مسائل القانون، ثم المطابقة بينهما.

1. مرحلة تقدير الوقائع:

تقوم هذه المرحلة على التعامل المباشر مع الواقع، بملاحظة و فحص الوقائع المادية للحالة المعروضة والظروف والملابسات المحتفّة بها، و تمر هذه المرحلة عبر الخطوات التالية:

---

[1]. François TERRE, Introduction générale au droit, 5éme Edition 2000, DALLOZ, p246. «Un litige suscite donc deux questions : une question de fait et une question de droit. Le juge ayant découvert et déterminé les faits, doit leur appliquer le droit ».

[2]. أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص54.

أولا: حصر العناصر الواقعية المنتجة في حل النزاع و هي التي يعتدّ بها القانون، أي تلك العناصر التي يكون لها تأثير قانوني على الحل، مستبعدا كل ما لا علاقة له بالحالة الواقعية، و يتحدد دور القاضي بالنسبة للواقع بالتزامه بعدم تعديل البنيان الواقعي للدعوى كما عرضه الخصوم وامتناعه عند تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم ولم تثبت في أوراق ضبط الجلسات، و هذه من أكبر الضمانات للسير العادل للدعوى.

في الخطوة الأولى من هذه المرحلة، يلتزم القاضي بأن يضع لنفسه نظاما لتصوّر وإدراك الوقائع، حيث يلتزم "بأن يلمّ بالواقعة المعروضة عليه، و أن يتعرّف على حدود طلبات الخصوم و جديّة الدّفوع و حقيقة الحق المتنازع فيه باعتباره النقطة الأساسية في القضية ثم يتفحّص و يتفهّم وسائل الإثبات و الأدلة، و من بعده ينظر إلى السبب الذي يقوم عليه الطلب القضائي"[1]، و ذلك لأن مفتاح الحكم الصحيح في الدعوى إنما يكمن في فهم القاضي للواقعة و الأدلة القائمة عليها و لا يكفي أن يكون الفهم كافيا و إنما يلزم أن يكون أيضا سائغا بمعنى أن يتبع قاضي الموضوع في فهمه للواقعة و أدلتها قواعد العقل و المنطق، فإن خالف ذلك و شاب فهمه للواقعة الاضطراب كان استدلاله فاسدا و غير صالح لأن يبنى عليه الحكم الصحيح، بل و كان أيضا عرضة للطعن فيه بالنقض.

ثانيا: هذه المرحلة تتضمّن التحقق و التثبت من الوجود المادي لوقائع النزاع، بأن يطلب قاضي الموضوع مثلا وثائق من الخصوم لإثبات أمرا ما أو حالة ما أو قد يستعين بالخبرة القضائية المتخصصة في التحقق و التأكد من الحالة المرضية، مثلا كأن يطلب تقريرا طبيا لمعرفة مستوى الإصابة أو نسبة الكحول في الدم أو نسبة حالة العجز التي سبّبها الحادث أو إثبات الحالة العقلية أو النفسية للمتهم، أو طلب كشف حسابات بنكية أو جرد لأموال عقارية أو منقولة لمعرفة الحالة المالية للخصوم...الخ.

ثالثا : و بعد التحقق من الوجود المادي للوقائع و البثّ في حجيّتها و اقتناع قاضي الموضوع بمدى صحتها، تأتي الخطوة الثالثة المتعلقة بتحليل الوقائع، و من خلال هذه العملية "يسعى القاضي في تحليله للوقائع إلى إظهار العناصر الإجمالية التي تفرضها القضية ثم يميّز و يفصل بين معطيات النزاع الخاصة"[2].

---

[1]. أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص:59.

[2]. أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 63.

يتم تحليل الوقائع بتفكيكها أولا إلى عناصرها الأولية ثم تُجمع العناصر المشتركة و يُعاد تركيب الواقعة[1]، حيث يقوم بحصر العناصر الواقعية المنتجة في حل النزاع أي تلك التي لها تأثير قانوني على الحل، و لكن كيف لرجل القانون أن يهتدي إلى العناصر الواقعية المنتجة و استبعاد غير المنتجة؟ كيف له أن يعرف أن هذا العنصر منتج و الآخر غير منتج؟

بعد استجماع وقائع المسألة، يكون رجل القانون قد استحضر في ذهنه القاعدة القانونية المفترض تطبيقها على تلك العناصر الواقعية، و القاعدة القانونية عموما " تتألف من جزئين هما: الفرضيات و الحكم الذي يُقرّر لتلك الفرضيات، و تحليل الفرضيات إلى عناصرها الأولية يبيّن الحالات الواقعية المشمولة بالحكم المقرر في القاعدة القانونية، و من ثمّ بالعودة إلى تلك الحالات يمكن تحديد العناصر الواقعية المنتجة في حل النزاع و هي فقط تلك المشمولة بالحالات التي تتضمنها فرضيات القاعدة."[2]فمثلا إذا صدم سائق سيارة أحد المارة، فالعناصر الواقعية المنتجة هي تلك التي تتناسب مع فرضيات القاعدة المحتملة التطبيق و المتعلقة بالفعل الضار، كأن يركز على فعل الصدم الذي يفيد في تحديد الرابطة السببية، و يتحقق أيضا من القصد الجنائي لتوصيف النزاع و ما إذا كان جناية أو جنحة، و نسبة الإصابة و نوعها لتحديد التعويض، أما العناصر الواقعية المتعلقة مثلا بلون السيارة و نوعها و الوجهة التي كان السائق متجها إليها فهذه العناصر لا تهم المسألة لأن القانون لا يرتب عليها أي آثار قانونية.

يقوم القاضي بتجريد الحالة الواقعية ورفعها إلى مستوى عمومية النص القانوني بإغفال كل العناصر عديمة الجدوى كما سبق ذكره، و هذا شبيه بما يسمى عند الأصوليين بإلغاء الأوصاف الطردية، ثم العمل على إبراز الصفات التي تميّز الواقعة من وجهة النظر القانونية.

رابعا: وفي المقابل يقوم القاضي بتخصيص النص القانوني الذي يكون قد وضعه في اعتباره عند النظر في الحالة الواقعية، فمهما بلغت درجة وضوح النص، إلاّ أنه يظل يتسم بالعمومية و التجريد مما يجعله صعب التطبيق على الحالات الواقعية الجزئية، و هذا ما يحدو بقاضي الموضوع إلى السعي للتوصل إلى

---

[1]. د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة، ص: 458، بتصرّف.

[2]. حلمي الحجار، المنهجية في القانون، ص: 226.

استخلاص قاعدة تطبيقية من هذا النص العام المجرّد أي إعطائه معنى أكثر تحديدا و خصوصية و أقل تجريدا و عمومية.

و بناء على تخصيص القاعدة القانونية بتحديد مضمونها عن طريق تحليل الفرضيات المنضوية تحتها، من جهة وتجريد الواقعة المادية بجعلها أكثر عمومية، يتوصل القاضي في الأخير إلى إحداث التطابق بينهما، بغية استخلاص قاعدة تطبيقية من هذا النص القانوني على الواقعة محلّ النظر.

مرحلة تفسير النص.

بعد تقدير و تحليل الوقائع و التأكد من وجودها المادي، ينتقل قاضي الموضوع إلى المرحلة الثانية المتعلقة بعنصر القانون، و قد تكوّن لديه تصوّر عام للواقعة، ممّا يساعده على استحضار النص المحتمل التطبيق.

تقتضي هذه المرحلة تفسير القاعدة القانونية قصد تطبيقها، وهو ما يعبّر عنه بالتفسير القضائي، وهو"ضروري لاستكمال عملية التكييف حتى يمكن الفصل في المنازعات، و يقوم به القضاة بمقتضى وظيفتهم...، فالتفسير واجب القاضي لأن وظيفته إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروض عليه."[1] حيث يلجأ القاضي في هذه المرحلة إلى تفسير القاعدة القانونية كخطوة تسبق تطبيق القانون لتحديد مضمون حكم القاعدة أي توضيح معناها من جهة، ومن جهة أخرى تحديد نطاق تطبيقها، فهو"عنصر جوهري في تطبيق القانون، و لا يمكن الاستغناء عنه... إذ أنه من الناحية العملية، لا يتصوّر تطبيق قاعدة قانونية على واقعة ما معروضة أمام القاضي أو المفسّر، لم يسبق تفسيرها"[2]. يبيّن الأستاذ فرانسوا تيري متى يلجأ القاضي إلى تفسير النص القانوني، بقوله:

" من السهل تطبيق القاعدة القانونية، إذا كان النص عليها صراحة و بوضوح، فتدخل القاضي في هذه الحالة يكون بطريقة شبه آلية، و لكن غالبا ما تكون الأمور أقل بساطة: فأحيانا قد يكون النص القانوني غامض، قد يكون المشرع أخفق في التعبير...، بالإضافة إلى الظروف التي أفرزت النزاع قد تكون معقدة مما ينجم عنها حالات غير متوقعة من قبل القانون، لأن المشرع ليس بإمكانه مواجهة هذا الكم الهائل و

[1]. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 130.

[2]. تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 24.

المعقد من الحالات الخاصة و تحديد القاعدة التي تحكمها مسبقا[1]...، و أخيرا قد يجد القاضي نفسه أمام واقعة جديدة خلّفتها تغيّرات الحياة المختلفة نتيجة للتطور العلمي."[2]

نستخلص من كلامه السابق، أن القاضي في معرض بحثه عن الحل القانوني، قد لا يصادف أي صعوبة في حالة وضوح النص القانوني، حيث يكون عمله في تنزيل القاعدة القانونية شبه آلي، و لكن غالبا ما يكتنفها الغموض بسبب إخفاق المشرع في التعبير السليم عن الفكرة القانونية أو أن الوقائع التي انبثق عنها النزاع القضائي مركبة أي غير بسيطة،أدت إلى ظهور علاقات غير منصوص عليها في القانون لعدم استطاعة المشرع مواجهة الكم الهائل للحالات المخصوصة و تشابكها بتحديد مسبق للقواعد القانونية التي تحكمها، بالإضافة إلى ما أفرزته الحياة المعاصرة من مستجدات نتيجة للتطور العلمي،" لأنه في بعض الحالات الأخرى يمكن أن تكون القضية المخصوصة قضية مستجدة لم تكن معروفة عند صدور النص، و عندها تصبح معرفة ما إذا كان النص ينطبق عليها أم لا أكثر صعوبة. و هنا لابد من تبيان مدى تماثل أو تفاوت القضية المخصوصة مع الحالات التي وضع النص ليحكمها، لأنه على ضوء ذلك يمكن تقويم الحل المعتمد من قبل المحكمة من الوجهة القانونية"[3] وبناء عليه يكون رجل القانون أمام وضعين اثنين:حالة النص الواضح وحالة النص المعيب.

■حالة وضوح النص: " لا يحتاج القاضي إلى الاجتهاد في البحث عمّا يراد من النص، لأن المشرع بيّن بوضوح العبارة، المقصود من خلال إصدار النص"[4] و يكون عمل القاضي شبه آلي، إذ يعمد إلى تنزيل حكم القاعدة القانونية متى توافرت لديه شروط الحالة الواقعية.

و"متى كان النص سليما...، فإن دور القاضي يقتصر على استخلاص معنى النص من ألفاظه وعبارته أو ما يشير إليه عن طريق دلالته أي من فحواه و روحه."[1]

---

[1]. بحكم بشريته، ليس بإمكانه أن يتنبأ مسبقا بما قد يحدث من وقائع في المستقبل.

[2] .François TERRE, Introduction générale au droit, 5ème Edition, 2000, DALLOZ, p.266. « Rien de plus facile si la règle de droit applicable a été proclamée expressément et nettement par la loi, dans ce cas l’office du juge sera presque mécanique, mais souvent les choses sont moins simples, tout d’abord la loi est parfois douteuse, le législateur s’étant mal exprimé …
En outre, les faits donnant lieu au litige peuvent être complexes et offrir des combinaisons non prévues par la loi, car le législateur est incapable de faire face à l’extrême complexité des cas particuliers et de fixer par avance la règle qui doit les régir…, le juge peut enfin se trouver en présence d’un fait nouveau dû aux transformations de la vie suite aux progrès de la science »

[3]. المنهجية في القانون، ص:410.

[4]. أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص:58.

إلاّ أن نصوص القانون مهما وضحت أفكارها و كانت محددة بطبيعتها على نحو موضوعي و ثابت، فإنها تظل تتسم بالعمومية و التجريد، و يتعيّن على قاضي الموضوع في هذه الحالة ربط الفكرة القانونية المجرّدة بخصوصية الحالة الواقعية، بأن ينزل من عمومية القاعدة القانونية إلى خصوصية الحالة الواقعية من خلال القيام بسلسلة من العمليات المنطقية تتمثل كما ذكرت آنفا، في تخصيص النص للوصول إلى تعريف محدد العناصر يسهل تطبيقه على الوقائع محل البحث.هذا العمل التفسيري يسمح للقاضي من التحقق من مدى انطباق أو عدم انطباق القاعدة القانونية على الحالة الواقعية، " لذا فإن القاضي لا يستطيع أن يقرر أن هذه الحالة مسكوت عنها، إلا بعد أن يتحقق من عدم انطباقها على الحالة النموذجية أي أن يتحقق من ألاّ نص عليها، حتى يمكنه أن يرجع إلى المصادر الأخرى للقانون ليجد فيها حلاّ للحالة الواقعية المعروضة عليه، مما يعني أن التفسير ضروري حتى في حالة عدم وجود النص."[2] لكونه يوجه القاضي إلى استخلاص الحل من المصادر الأخرى للقانون في حالة سكوت التشريع، وهو ملزم قانونا بالاجتهاد في البحث عن حل النزاع أو استحداثه من المصادر الاحتياطية و إلا وقع تحت طائلة العقاب، حيث نص القانون المدني الفرنسي في مادته الرابعة:"القاضي الذي يرفض الحكم في النزاع تحت مبرر سكوت التشريع، غموض أو نقص القانون، يقع تحت طائلة العقاب بتهمة إنكار العدالة."[3]

■في حالة غموض النص أو النص المعيب:

" يكون النص معيبا إذا ما وقع فيه خطأ مادي أو معنوي أو كان فيه نقص أو غموض أو كان بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع أحكام نصوص أخرى."[4]

يقتضي التفسير في هذه الحالة إزالة الغموض و توضيح معاني النصوص، "كما يشمل إصلاح العيوب في النص إن وجدت، و قد توجد نصوص متعارضة فيجب إزالة هذا التعارض، كما قد يظهر عند التطبيق

---

[1].د.م.حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والالتزامات، الدار الجامعية للطباعة والنشر- بيروت 1998،ص:132

[2]. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 40.

[3]. Article 04 du code civil français, Jean louis Bergel, Théorie du droit, 3e édition – 1999, DALLOZ. « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

[4]. د.محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون و الالتزامات، ص: 135.

أن هناك فروضا أو وقائع لم تواجهها القواعد القانونية، و عندئذ يوجد نقص في التشريع، و يكون على القاضي الاجتهاد للوصول إلى الحكم الذي يتلاءم و الحالات المعروضة لسدّ هذا النقص."[1]

في هذه الحالة يصعب تحديد و تجلية الفكرة القانونية للنص المراد تفسيره بالاعتماد على التحليل المنطقي وحده _ على النحو السابق _ بل لابدّ لقاضي الموضوع من الالتجاء إلى الواقع عن طريق التحليل و الفحص الشامل لظروف و ملابسات الحالة الواقعية للتوصّل إلى تكييفها، و يتم ذلك من خلال " تحليل القاعدة القانونية أي تجزئتها إلى عناصرها الأولية، و يتضمّن ذلك تفسير القاعدة على ضوء المنهج السّائد بما يتضمنه من خليط من الأفكار المركبة سياسية كانت أم اقتصادية أم اجتماعية، أما العملية الثانية فهي...مضاهاة المعطيات التي يستخلصها القاضي من التفسير مع العناصر التي تتكون منها الوقائع موضوع المنازعة".[2]

و المقصود بالعملية الثانية التكييف الذي يقتضي المقارنة و المضاهاة بين عناصر القاعدة القانونية بعد تفسيرها وعناصر الحالة الواقعية بعد تحليلها، و بعد" تحديد العناصر الصحيحة و الثابتة ينتقل القاضي إلى تحديد الوقائع المنتجة التي لها أهمية في حل النزاع باعتبارها الوقائع التي تتطابق مع العناصر الضرورية لتطبيق القانون"[3]، ثم تأتي المرحلة اللاحقة المتمثلة في مدى انطباق تلك العناصر على القاعدة القانونية أو" تحديد ما إذا كانت العناصر الواقعية المنتجة مشمولة بفرضيات القاعدة القانونية أي تشكل حالة من الحالات الواقعية التي تتضمنها الفرضيات."[4] تمهيدا لاستخلاص الوصف القانوني الذي يمكن إضفاؤه عليها ومن ثمّ التوصّل إلى الحكم الواجب التطبيق، و ذلك اعتمادا على عملية المقارنة التي تقتضي مراعاة مدى انطباق النص القانوني على الوقائع التي تمّ تقديرها و تحليل معطياتها، و في الأخير يقدر أن أثرا معيّنا لقاعدة قانونية معيّنة هو الذي ينطبق على الحالة الواقعية محل النظر.

نستنتج ممّا ذكر، أن التكييف يأتي في مرحلة لاحقة عن التفسير، و إن كان غالبية رجال القانون يخلطون بين المرحلتين، فيعتبرون التكييف ضربا من ضروب التفسير، نظرا لصلته الوثيقة بالتفسير، من حيث أن الآليتين تهدفان عمليا إلى الكشف عن طبيعة العقد أو التصرف القانوني.

---

[1]. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 25.

[2]. د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة، ص : 223 .

[3]. تسبيب الأحكام، ص: 374-375.

[4]. المنهجية في القانون، ص : 229.

إلاّ أن وظيفة التفسير تختلف عن وظيفة التكييف، فالمفهومان مختلفان نظريا، التفسير يعتمد معايير قانونية محددة يسعى من خلالها إلى شرح و تجلية معاني النص للتعرف على أبعاده القانونية، أما التكييف القانوني، فإنه ينطلق من معطيات واقعية ملموسة بغية تنزيل القاعدة القانونية المناسبة، فالتفسير مجاله النص القانوني شرحا و تعليلا، إذ يتساءل المفسر عن المعنى الذي يقصده المتعاقدان إذا كان الأمر متعلق بعقد أو المغزى الذي يرمي إليه المشرع من خلال النص القانوني أو الحكمة المبتغاة من وراء أي قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة أما التكييف فإنه يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يُفترض فيه أن النص قد اتضحت أحكامه، و هو ينطلق من المعطيات الواقعية لمعرفة ما إذا كان هذا النص ينتسب إلى نظام قانوني معيّن أم لا، لذلك كان التفسير متقدما عن التكييف.

فرع د: ضمانات التكييف:

بما أن التكييف آلية قضائية و منهج إجرائي لتطبيق القانون، فإن القانون لم يتركه بدون أن يرتب عليه ضمانات تصوّب عملية تنزيل القاعدة القانونية و تقي القاضي من الزلل، وتتمثل هذه الضمانات في:الالتزام بالوقائع التي حدّدها الخصوم، عدم حكم القاضي استنادا إلى علمه الشخصي و الرّقابة القضائية.

- الالتزام بالوقائع التي حدّدها الخصوم:

من المقرّر أن أطراف النزاع هم سادة النزاع، أي هم من يحدّد نطاق الخصومة، و "هم الذين يسردون العناصر بدقائقها و تفاصيلها على رجل القانون و من ثم فإن أطراف النزاع هم الذين يعينون مبدئيا حدود المقدمة الصغرى أو حدود عناصر النزاع الواقعية"[1]، و ما على قاضي الموضوع إلاّ البتّ في الوقائع المطروحة أمامه من قبلهم، دون أن يزيد فيها أو ينقص فقد نص التشريع الجزائري على أنه:"لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات و مرافعات"[2]و هذا تقييد لسلطة القاضي من حيث الالتزام بما أثير من وقائع من طرف الخصوم خلال المحاكمة."و يكون القاضي محايدا، على أن

[1]. المنهجية في القانون، ص:116.

[2]. المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الخصوم أنفسهم هم الذين يطرحون من الوقائع ما يشاءون و يستبعدون عن ساحة القضاء ما يريدون و عليه، لا يقدر القاضي أن يتجاوز هذا الإطار لوقائع النزاع و إلاّ كان متجاوزا لسلطته."[1]

و المقصود من ذلك" أن حياد القاضي بالنسبة إلى الوقائع، يكمن في عدم استطاعة القاضي طرح عناصر لم يقدمها الخصوم، أو تعديل ما طرحوه من وقائع"[2]، باعتبار أن هذه الوقائع ستحلّل وتفحص من قبل قاضي الموضوع، بغية تحضيرها للتكييف القانوني،لذلك" فإن القاضي لا يستطيع أن يعدّل من تلقاء نفسه موضوع الطلب القضائي أو سببه، ويجب أن يحكم في الإطار الذي حدّدته طلبات الخصوم."[3]

إن كون الوقائع طرحت عليه من جانب الخصوم، فإن ذلك يعدّ في حدّ ذاته تقييدا لسلطته التقديرية، وضمان للخصوم حتى لا يفاجئوا بوقائع لم يكونوا على علم بها.

" فلا يعتد القاضي إلاّ بالوقائع التي تصلح أساسا للإدعاء أي الوقائع المنتجة، ولكن لا يعد تدخلاً في الواقع استبعاد القاضي لبعض عناصر الواقع أو افتراض وجودها، لأن القاضي عندما يحدد الواقع المنتج لا يقوم بذلك بشكل تحكمي وإنما يستند إلى قاعدة إثبات تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون. و بعبارة أخرى فإن القاضي لا يحدد الوقائع التي يجد إمكانية الاعتداد بها واستبعاد البعض الآخر إلاّ طبقاً لقواعد الإثبات التي تفرض عليه الاعتداد بوقائع معينة دون غيرها."[4]

- عدم الحكم استنادا إلى علم القاضي الشخصي :

الأصل أن ادعاء الوقائع يكون من قبل الخصوم وحدهم كما سبق بيانه في الضمانة السابقة، لذلك فإن القاضي"لا يستطيع أن يسند حكمه إلى معلوماته الشخصية بل هو مقيد بوسائل الإثبات المدلى بها على وجه قانوني، و ضمن الحدود و القواعد التي وضعها القانون"[5]، أما فيما يتعلّق بإثباتها فإن للقاضي دور في هذا المجال يتمثل في" تقدير الأدلة المقدّمة و البثّ في حجيّتها"[6]، وهنا أيضا يكون ملزما بالحياد

---

[1]. أ. بن ملحة غوثي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 50.

[2]. تسبيب الأحكام، ص: 209

[3]. أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 51.

[4]. أ.م.د منصور حاتم محسن و أ.م.د هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع و القانون في تحديد وصف محكمة التمييز، جامعة بابل،كلية القانون ، ص:7_8.

[5]. المنهجية في القانون، ص : 144.

[6]. أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص:63.

حيال قواعد الإثبات،حيث يمنع عليه إقامة عناصر الإثبات استنادا إلى علمه المتحصل عليه من خلال معلوماته الشخصية من الوقائع، و إلا كان حكمه معيبا بعيب تجاوز السلطة، ممّا يعرّض قرار حكمه إلى النقض من قبل المحكمة العليا للقضاء.

"و المنع الوارد للقاضي من الحكم بعلمه الشخصي في الدعاوى المعروضة عليه لا يسري بشأن العلم بالقانون، لأنه يفترض علم القاضي به...باعتباره الشخص المؤهل و الملزم بتطبيق القانون."[1]

و يستثنى من هذا المنع أيضا علمه بالشؤون العامة التي يعلم بها كافة الناس مثل الوقائع المشهورة و الحوادث التاريخية المعروفة و الكوارث الطبيعية، فله أن يستعين بها في حل النزاع.[2]

و قد اختلف الفقهاء المسلمين في الأخذ بمبدأ عدم حكم القاضي بعلمه بين مانع و مجيز، و المقصود بعلم القاضي هاهنا، " علمه بالدعوى و أسباب ثبوتها"[3]، مفرقين بين وضعين:

الأول: علمه المحصل عليه أثناء مجلس القضاء، لا خلاف بين العلماء في صحة حكم القاضي بما علم من وقائع الدعوى و أسباب ثبوتها داخل مجلس المحاكمة كالإقرار و الشهادة و اليمين...فكل ما علمه أثناء نظره في النزاع، فهو جائز على أساس أنه داخل في إجراءات التقاضي.

الوضع الثاني: علمه الذي حصل عليه خارج مجلس القضاء، كما لو علم ما و قع من شجار بين شخصين ثم رُفعت الدعوى أمامه أو " سمع شخصا طلق امرأته ثلاثا خارج مجلس القضاء، أو رأى القاضي شخصا أتلف مال شخص خارج مجلس القضاء، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من طلاق الأول فيقضي بالتفريق بينه و بين زوجته إذا طلبت الزوجة ذلك، و يحكم بضمان المال المتلف على من أتلفه؟"[4] قال المالكية[5]والحنابلة[6]بالمنع مطلقا، فالقاضي لا يجوز له القضاء بعلمه سواء علمه قبل

---

[1].د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون البينات و الإجراء،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، ط1998/1، ص: 59.

[2]. د. آدم النداوي، شرح قانون البينات و الإجراء، ص: 60، بتصرف.

[3]. د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1998/2م، بيروت، ص: 209.

[4]. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص: 210.

[5].ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ص: 392/02.

[6]. المغني لابن قدامة، ص: 53/09-55.

توليته القضاء أو بعده، في المقابل أجاز الظاهرية[1] القضاء بعلم القاضي مطلقا حتى في القصاص و الحدود، أما الشافعية[2] و الحنفية[3] فقد أجازوا له القضاء بعلمه باستثناء الحدود.

- الرقابة القضائية: المبدأ العام المقرّر في القانون الوضعي بسط الرقابة القضائية على مسائل القانون -Questions de droit- دون مسائل الواقع - Questions de faits- و التكييف من مسائل القانون، ومن هنا كان الخطأ في التكييف مسألة قانونية تخضع دائما لرقابة المحكمة العليا، أعلى هيئة قضائية في الجزائر، لأن الخطأ في التكييف ينتج عنه الخطأ في تطبيق القانون مما يجعل الحكم القضائي عرضة للفسخ أو النقض، و لا تفصل المحكمة العليا إلاّ في الجزء القانوني من الحكم المطعون فيه، أما الوقائع فتتقبلها كما أثبتتها محكمة الموضوع، والسبيل إلى بسط هذه الرقابة هو تسبيب التكييف أي بأن يتضمّن الأسباب الواقعية و القانونية التي أدّت إلى إحداثه، "فمتى كان التسبيب جديّا فإن المحكمة الأعلى تستطيع معرفة ما إذا كان القاضي قد كيّف الوقائع تكييفا صحيحا أم لا، و هل رتّب الآثار التي يرتبها القانون أم رتّب آثارا أخرى، وهل فهم الوقائع فهما صحيحا أم كان فهمه لها فهما خاطئا، وهل قدّر الأدلة تقديرا سائغا أم لا."[4]

إلا أن "المحكمة الأعلى لا تراقب مسألة لماذا اقتنع القاضي، فهذه مسألة تدخل في كامل سلطاته و لا معقّب عليها، و لكن تراقب كيف اقتنع القاضي أي كيف حصل من الوقائع على المقدمة التي رتب عليها النتيجة التي انتهى إليها، فالأمر يتعلق بالمقدمة الصغرى للقياس الذي يجريه القاضي."[5]

و بيان ذلك، أن التكييف يعتبر نتيجة منطقية أدّت إليها عملية قياسية تعتمد على مقدمتين:

مقدمة كبرى هي القاعدة القانونية و مقدمة صغرى تمثل الوقائع، و المقصود من رقابة المحكمة على معطيات المقدمة الصغرى لا تعني بسط هذه الرقابة على الوقائع لأنها مسألة واقع تخرج عن نطاق الرقابة القضائية، إنما المقصود من ذلك معرفة كيف تكوّنت المقدمة الصغرى أي طريقة تحليل الوقائع، هل كان

---

[1]. ابن حزم، المحلى، ص: 426/09-429.

[2]. الشربيني، مغني المحتاج، ص: 298/02.

[3]. شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر، لابن نجيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1985/01, ص: 02/ 379.

[4]. تسبيب الأحكام، ص: 219.

[5]. المرجع نفسه، ص: 368.

تحليلا سائغا و منطقيا أم لا، و كيف انتهى إلى ترتيب المقدمة الصغرى دون الإيغال في التفاصيل كتقدير الأدلة و إثباتها مثلا.

و من ثمّة قد تضطر إلى تغيير التكييف القانوني للواقعة أو التصرف القانوني، حيث أنها مطالبة بتمحيص الواقعة المطروحة عليها بجميع أوصافها وان تطبق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا، فمثلا ليس للمحكمة أن تقضي بالبراءة في دعوي قدمت إليها بوصف معين إلا بعد تقليب وقائعها على جميع الوجوه القانونية والتحقق من أنها لا تقع تحت أي وصف قانوني من أوصاف الجرائم المستوجبة قانونا للعقاب، كأن تستبعد المحكمة بعض عناصر الواقعة المرفوعة بها الدعوى، مثل نية القتل أو سبق الإصرار، أو بعد استبعاد المحكمة ركن العمد كتعديل وصف التهمة من ضرب أفضى إلى عاهة مستديمة إلى إصابة خطأ، أو استبعاد جناية الاختلاس لعدم توافر أركانها ثم إسناد جنحة السرقة استنادا إلى عنصر جديد، و قد تغيّر إلى وصف أشد بناء على عناصر جديدة اتضحت للمحكمة.

إن عملية القياس التي يجريها القاضي تخضع في مجملها لرقابة المحكمة الأعلى، وحتى تتمكن هذه الأخيرة من بسط رقابتها، لابدّ من تسبيب التكييف، بأن "يتضمّن سردا للأسباب الواقعية و القانونية و من ثمّ فإنه يسمح لقاضي النقض بالتحقق من اختيار القاعدة القانونية الملائمة"[1] الذي يعتمد بالأساس على التكييف الذي هو عبارة عن مطابقة و موازنة يجريها القاضي بين الوقائع و القاعدة القانونية كما سبق توضيحه، فإذا ما وقع التطابق التام بين الحكم النموذجي للقاعدة القانونية من جهة و عناصر الحالة الواقعية، خرج التكييف صحيحا مما يعني التمكن من الوصول إلى الحكم المناسب للحالة الواقعية المعروضة، إلا أنه" قد يقع الخطأ... عند مضاهاة و مطابقة المعطيات التي استخلصها القاضي باعتبارها مفترضات لتطبيق القاعدة القانونية مع العناصر التي تتكوّن منها الواقعة أو الوقائع موضوع المنازعة التي يراد تطبيق القاعدة القانونية عليها، كما لو طبق القاضي نصا على وقائع لا تؤدي منطقيا إلى تطبيق هذا النص"[2].

[1]. تسبيب الأحكام، ص: 223.

[2]. المرجع نفسه، ص: 224.

نخلص إلى أن كل ما يتعلق بالإقرار بالوقائع أو الاعتراف بها أو التحقق منها هو مسألة واقع يخرج عن نطاق رقابة المحكمة العليا، أما ما يتعلق بمقارنة الوقائع مع العناصر التي تنتج من تحليل مفترضات القاعدة القانونية، و ما يتعلّق بالنتائج المستخلصة من هذه المقارنة فهو مسألة قانون خاضعة لرقابة المحكمة العليا.

المطلب الثالث: أهمية تحقيق المناط و التكييف القانوني.

تتجلى هذه الأهمية من خلال وظيفة كل من تحقيق المناط و التكييف القانوني، حيث أن الآليتان تشتركان في عملية إدراج الجزئي في الكلي بربط الفرع بأصله من جهة و من جهة أخرى تتفقان أيضا في توصيف الواقعة و إزالة الخفاء الذي يضفيه الواقع على النصوص عند تطبيقها.

فرع ا: من حيث إدراج الجزئي في الكلي:

إن آلية التعامل مع الواقع و إن اختلفت في شكلها و مسمّاها بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، إلا أنها اتحدت في مضمونها و وظيفتها، فكل من تحقيق المناط و التكييف القانوني يقوم على إدراج الجزئي في الكلي و إلحاق الواقعة بأصلها الذي تمّ تحريره عن طريق استحداث قياس تكون إحدى مقدمتيه الحكم المستفاد من النص التشريعي، و الأخرى الحالة الواقعية، و الإلحاق يقتضي في كل من الآليتين إدراج الصغرى في الكبرى عن طريق المضاهاة بين مشمولات الحكم وتفاصيل الواقعة، مما يستلزم فهم جيد للواقع من جهة بتحليله و الإحاطة بكل الظروف و الملابسات التي أفرزت النازلة، و من جهة أخرى الفهم الجيد للنص التشريعي عن طريق تفسيره و تهيئته للتطبيق، و بهذه الطريقة تسمح كلا العمليتين للوصول إلى الحكم الواجب التطبيق.

فرع ب: من حيث تحديد وصف الواقعة و إزالة الخفاء:

اللفظ الخفي هو أحد أقسام الألفاظ غير الواضحة، و يعرف أصوليا على أنه" اللفظ الدال على معناه دلالة واضحة، و لكن عرض لبعض أفراده، أو وقائعه، اسم خاص، أو وصف، نشأ عنه شبهة أو غموض، في دلالة اللفظ عليه، أو شموله له، أو تطبيقه عليه، لا يزول إلا بالاجتهاد."[1]

و بواسطة الاجتهاد الفقهي والقضائي، وفق المنهج المبين أعلاه، يتضح" أن الخفاء لم يكن في أصل اللفظ بل جاء عند تطبيق النص على الحالات الواقعية أو الحوادث، فيكون بالنسبة لبعض الأفراد هل يشمله النص ويخضع لحكمه أم لا؟ لذا يجب إزالة هذا الخفاء بالبحث والتأمل من القاضي أو المجتهد

[1]. د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص: 83.

عموما المعني بتنزيل الأحكام، فإن رأى اللفظ يتناول هذا الفرد ولو بطريق الدلالة جعله من مدلولاته، فيأخذ حكمه، وإذا اتضح نتيجة البحث والاجتهاد أنه لا يدخل في مدلولاته فلا يأخذ حكمه، والمرجع في البحث والاجتهاد لإزالة الخفاء هو علة الحكم وحكمته، وما ورد في هذا الشأن من النصوص، إذ قد تكون العلة في هذا الفرد موضع البحث أكثر توافرا، أو قد لا تكون متحققة فيه وقد يخضع هذا الفرد لحكم نص آخر يكون واضحا"[1].

حيث يبدأ القاضي بتحليل الواقعة و تفكيكها إلى عناصرها الأولية، "ليرى مدى انطباق معنى اللفظ عليها أي في تحقيق مناط القاعدة أو مضمون النص، و هذا مجال واسع لاختلاف وجهات نظر المجتهدين التي تنهض بها الأدلة، فيختلف التكييف تبعا لذلك"[2]، و بالتالي فإن اللفظ الخفي لا يحتاج إلى تفسير بما أنه بيّن في ذاته، بل يحتاج إلى تحقيق مناط أو تكييف بلغة القانونيين، و من الأمثلة عن اللفظ الخفي في القانون التعسف في استعمال الحق، هل هو مجاوزة لحدود الحق أم إساءة في استعمال هذا الحق؟

هل الشخص المتعسف هو من يتعدى على الغير عند استعماله لحقه أم أنه لا يحمل اللفظ معنى التعدي بمجاوزة حدود الحق و إنما يستعمل الحقه في حدود ما يسمح به القانون إلا أنه يسبب ضرر للغير.

فنلاحظ إذن أن التعسف كلفظ بيّن و واضح في ذاته، و لكن عند التطبيق يشتبه على القاضي أي المعنيين يرجح نظرا لما أفرزه الواقع من ظروف جديدة و ذات مسميات جديدة تفتقر لاجتهاد حتى ينزل النص عل المدلول المناسب لظرفه عند التطبيق، و هذا عائد لاجتهاده المنصب على فهم الواقع و ظروف النازلة و ما يستنبطه من قرائن لتعيين أحد مدلولاته.

وبناء على ما ذكر، يمكن القول أن الواقع باعتباره المحل الذي يرد عليه تطبيق الحكم الشرعي و القانوني، فإنه يتعيّن على القاضي و كل مكلّف بتطبيق الأحكام أن يفهمه فهما صحيحا و أن يأتي بيانه لهذا الواقع كافيا و واضحا بحيث يصلح أن يكون مقدمة كافية لمراقبة صحة تطبيقه للقانون أو الحكم الشرعي و إلا كان عرضة للطعن فيه بالنقض و الإبطال، على أساس أن فهم الواقع مقدمة منطقية تتوقف عليها نتيجة عمل القاضي في البحث عن الحل للنزاع المطروح.

---

[1]. د. سعدي، تفسير النصوص في القانون، ص 462.

[2]. د. فتحي الدريني، المرجع السابق، نفس الصفحة.

فاللفظ الخفي على سبيل المثال هو لفظ بيّن في ما يدل عليه من معنى إلاّ أن الواقع أضفى على البعض من أفراده المنضوية تحته حالة من الخفاء عند تطبيقه،"فمنشأ الغموض إذن ليس من ذات الصيغة، بل من ذلك العارض، وإزالة الانتباه أو الغموض، عند التطبيق، يكون بالاجتهاد في تحليل الواقعة التي يراد تطبيق النص عليها، أو تكييفها، ليرى مدى انطباق معنى اللفظ عليها أي في تحقيق مناط القاعدة أو مضمون النص"[1].

---

[1].د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص 83.

المبحث الثاني : مراحل الربط بين الجزئيات و الكليات

إن الجمع بين طلب الأحكام الكليّة و تعلّم كيفية تنزيلها على الوقائع الجزئية لا يبدو أمرا هيّنا، إذ يتطلب إعمال قوة فكرية معتبرة، و لكون الوقائع تأخذ بشبه من عدّة أدلة تتجاذبها أصول كثيرة، حيث يتعيّن على المجتهد، أن يتبيّن الأصل أو الدليل الذي تنضوي تحته، لذلك يتعيّن بيان الخطوات التي يسلكها المجتهد للوصول إلى تلك الغاية، و يمكن حصرها في ثلاث: تحديد الوصف الشرعي أو القانوني للواقعة، إعداد الحكم المراد تطبيقه والإلحاق إلى أصل معتبر.

المطالب الأول : المرحلة الأولى « تحديد الوصف الشرعي أو القانوني للواقعة»

تعدّ هذه المرحلة أولى مراحل إدراج الجزئي تحت الكلي، أي إضفاء الوصف الشرعي المناسب على الواقعة محل النظر، و لا يتم ذلك إلا من خلال تصورها تصورا كاملا، شاملا، مستوعبا كل التفاصيل و الملابسات التي لها علاقة بالنازلة ثم بيان معناها بعد أن تمّ التعرف على ماهيتها و كنهها و ذلك بإعطاء تعريف محدد لها، يُميزها عن غيرها و يُهيئها لإسقاط الحكم المناسب عليها.

فرع ١ : التصور الكامل للواقعة

و هي أول عملية للتعرف على الواقعة ببذل الجهد في تصوّرها التصوّر الصحيح الكامل في إطار ملابساتها و ظروفها المحتفّة بها.

من هذا المنطلق يتعيّن على كل مكلّف بتنزيل الأحكام فهم الواقعة من جميع جوانبها فهما عميقا و الإحاطة الشاملة و الدقيقة بكل أبعادها و الاستفسار عن كل ما له تأثير في الحكم عليها قبل البدء في البحث عن حكمها، لأن «الحكم عن الشيء فرع عن تصوره»[1] كما أن تبيّن الحكم متوقف على معرفة المحكوم عليه.

و معنى التصوّر هو"حصول صورة الشيء في العقل، و إدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات".[2]

و من هنا تبرز أهمية التصوّر باعتباره العامل المحدّد لوصف الواقعة الذي يتوقف عليه الحكم لاحقا،"و كم أتى الباحث أو العالم من جهة جهله بحقيقة الأمر الذي ينظر فيه، أو أن يتصوّر النازلة على حال معيّن

[1]. الشيخ أحمد الدمنهوري، إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق، مصر: مطبعة بابي الحلبي، الطبعة الأخيرة ص: 25.
[2]. الجرجاني، التعريفات، ص:83.

و الواقع بخلافه"[1]، و هذا ما دفع الشيخ الحجوي[2] إلى القول:" و أكثر أغلاط الفتاوى من التصوّر"[3]، لأن الحكم ينبني عليه فهو أساسه و المقدمة المنطقية المفضية إليه، كما أنه" لا يصح تحقيق المناط ما لم يصاحبه التصوّر الكامل لماهية الفرع و نوعه و تمييزه عن غيره المخالف له في نوعه و قد يكون من جنسه."[4]

و ليس التصوّر عملية يوفق فيها كل أحد بل هي من اختصاص جهابذة المجتهدين، و في ذلك قال السيوطي[5] رحمه الله:" قال الغزالي في كتابه – حقيقة القولين – : وضع الصور للمسائل ليس بأمر هيّن في نفسه، بل الذكي ربّما قدر على الفتوى في كل مسألة إذا ذكرت له صورتها و لو كلّف وضع الصور و تصوير كل ما يمكن من التفريعات و الحوادث في كل واقعة، عجز عنه و لم تخطر بقلبه تلك الصور أصلا و إنما ذلك شأن المجتهدين"[6].

و مما يزيد في صعوبة هذه العملية في وقتنا الراهن، أن ما يفرزه واقعنا الحالي من مستجدات لا تكون بالضرورة منبثقة من البعد الإسلامي، بل منها ما لا يمتّ للإسلام بأي صلة، فواقع المسلمين اليوم، قد فرض عليهم نتيجة للعولمة وما انجرّ عنها من تبعية في كل مناحي الحياة، و هذا خلافا للعصر الإسلامي الأول الذي كان من صنع المسلمين أنفسهم لم يمليهم عليهم غيرهم، بل " بنوا هذا الواقع بناء مباشرا بأيديهم، بما مارسوا من الفتوح، و بما أسسّوا من هياكل الإدارة و الحكم... فكان لهم بذلك كله فقه شامل بواقع المسلمين."[7]

---

[1]. د. القحطاني، مسفر بن علي محمد، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص. 366.

[2]. محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي، نسبة إلى حَجَاوة، فرع من قبيلة الثعالبة التي تقطن الجزائر، استقرّت بالمغرب، ولد سنة1291هـ، أخذ العلم عن والده الشيخ الحسن، له الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي، تقلد مناصب حكومية راقية من بينها سفير المغرب بالجزائر، توفي رحمه الله في 1376هـ، و قد ترجم لنفسه في الفكر السامي: 04 /199.

[3]. الحجوي، الفكر السامي، ص:314/04.

[4]. منهج استنباط أحكام النوازل المعاصرة، ص: 359.

[5].هو جلال الدين عبد الرحمٰن بن أبي بكر بن محمد المصري الخضيري السيوطي، أبو الفضل، ولد و نشأ يتيما في القاهرة، قرأ عن جماعة من العلماء و برع في كثير من العلوم كالحديث و التفسير و الفقه و النحو و البلاغة و اللغة، من مؤلفاته: الإتقان في علوم القرآن و الأشباه و النظائر و غيرها، توفي رحمه الله في سنة911هـ . الفكر السامي، ص:179/04.

[6]. السيوطي، الرّد على من أخلد إلى الأرض و قال إن الاجتهاد في كل عصر فرض، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط 1413/01هـ، ص: 181.

[7]. فقه التديّن فهما و تنزيلا، ج1، ص. 128.

كيف تتم عملية التصوّر؟

أولا: تتم هذه العملية بناء على فهم واقع المسألة، بمراعاة كل الظروف و الملابسات المحيطة بها و النظر إلى كل أبعادها و تفاصيلها و اعتبار البيئة التي أفرزت هذه النازلة، و إعمال النظر يتم من خلال مرتبتي تحقيق المناط العام و الخاص المذكورتين آنفا.

و فهم واقع المسألة يتم عبر آليات ذكرت في الفصل السابق، لا يستغني عنها الناظر في تنزيل الأحكام، فكثيرا ما يلجأ القاضي إلى الخبرة القضائية، كأن يطلب تقريرا طبيا لمعرفة مدى الإصابة مثلا أو إثبات حالة مرضية أو يطلب تقريرا من المحاسب لإجراء جرد لأموال أو ديون محل النزاع، كما يلجأ القاضي أو المفتي للاستعانة بمختلف العلوم لفهم الواقعة، خاصة إذا كانت مرتبطة بالمجال الطبي أو المالي أو الاقتصادي أو التكنولوجي، حيث يتعيّن عليه استيضاح المسألة من خلال العلم الذي يحكم مجالها حتى تتجلّى لديه معالمها و صورتها بشكل واضح و صحيح إلى درجة وكأنه يشاهدها، و ذلك من خلال" التثبت و الاستزادة من أهل الاختصاص العلمي و هذا فيما لو كانت النازلة لها علاقة ببعض العلوم الطبيعية أو التجريبية، و عندها لابد من معرفة مصطلحات هذه العلوم مما له علاقة بموضوع بحث النازلة"[1]، كما للناظر في تنزيل الأحكام أن يستوضح من القرائن و الأمارات المحتفة بالواقعة.

و تجب الإشارة هنا، إلى أن المقصود بفهم الواقع ليس مجرّد إدراكه عن طريق الحس أو العادة أو الخبر و إن كانت هذه العوامل تساهم أيضا في فهمه، و لكن لا تكون كافية لاستيعابه بشكل شرعي، فالعالم و العامي، و المسلم و غير المسلم يشتركون جميعهم في إدراك الواقع من خلال تلك العوامل الثلاثة، و قد بيّن ابن قيّم الجوزية كيف تجب معرفة الواقع معرفة شرعية بقوله:" فهاهنا نوعان من الفقه لابدّ للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث، و فقه في نفس الواقع و أحوال الناس، يميّز بين الصادق و الكاذب و المحق و المبطل، ثم يطابق بين هذا و هذا، فيُعطي الواقع حكمه من الواجب، و لا يجعل الواجب مخالفا للواقع"[2].

[1]. منهج استنباط أحكام النوازل المعاصرة، ص: 376.

[2]. ابن قيّم الجوزية، الطرق الحكمية، ص: 04.

و الشاهد من كلامه، هو قوله: "و فقه في نفس الواقع و أحوال الناس"، و هو كما يبدو "أمر زائد عن مجرّد إدراك الواقع الذي يشترك فيه الكافر مع المسلم، هذا الأمر الزائد هو فهم الواقع بعد إدراكه فهما شرعيا يعتمد على قواعد شرعية كالقرائن"[1].

و بعد أن تحصل صورة الواقعة في ذهن المجتهد بكل أبعادها، فإنه يكون بإمكانه بعد ذلك تحديد معناها و تعريفها ليسهل عليه اختيار الحكم المناسب و الواجب التطبيق.

الفرع ب: التعريف بالمسألة.

بعد حصول تصوّر المسألة في الذهن، تتبيّن معالمها و حدودها، لأن التصوّر لا يتأتّى إلا ببيان معناها من خلال التعريف بها، ثم الحكم عليها، لأن الحكم متوقف على معرفة المحكوم عليه، ويعد التعريف من البحوث المهمة لكل علم إذ لا يمكن الغور في مباني أي علم قبل البحث عن تعريفه، ولذا كان أصحاب أمهات الكتب يعرّفون العلم الذي تبحثه مصنفاتهم قبل الولوج في مسائله المختلفة، و منهم من صنف في التعريفات و بيان الحدود و الرسوم للمسائل الأصولية و الفقهية أمثال السيد الجرجاني في كتابه " التعريفات" و الشيخ ابن عرفة المالكي في كتابه" تعريف ماهيات الحقائق الفقهية الكلية لما عرض من النقل و التخصيص"، رحمهما الله.

1.المقصود بالتعريف: عرفه الغزالي بإطلاقين؛ الأول عام و الثاني خاص؛ فقال في تعريفه بالمعنى العام:"و حد الحد عند من يقنع بالرسميات فإنه اللفظ الشارح للشيء بتعديد صفاته الذاتية أو اللازمة على وجه يميزه عن غيره تمييزا يطرد و ينعكس"[2].

أما بالمعنى الخاص فقال:" أما حده عند من لا يطلق اسم الحد إلا على الحقيقي فهو: القول الدال على تمام ماهية الشيء."[3]

فالتعريف هو إذن القول الشارح، لكونه يشرح المعرَّف و هو ما كانت معرفته سببا في معرفة المعرَّف،" و لا يتوصل إلى التصور إلا بالقول الشارح و هو الحدود "[4]، و هو خمسة أقسام:حدّ تام و ناقص و رسم تام و ناقص و تعريف باللفظ."[1]

---

[1]. التأصيل العلمي لفقه الواقع، ص. 269.

[2]. الغزالي، المستصفى، ص: 37.

[3]. المصدر نفسه، نفس الصفحة.

[4]. الشيخ أحمد الدمنهوري، إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق، ص:

و التعريف اللّفظي فهو تبديل لفظ بلفظ أوضح، مثل القول: الإنسان هو البشر أو الآدمي، و يعد التعريف بالحدّ التام من أصح التعريفات وأحكمها، لأنه يبيِّن تمام الماهية وحقيقتها، فالفرق بين التعريف الحقيقي والتعريف اللفظي هو أن التعريف الحقيقي يعطي تصورا جديدا لشيء مجهول لم يعرف من قبل، بينما التعريف اللفظي لا يعطي تصورا جديدا للشيء بل السامع قد تصوره من قبل ولكن لم يكن يعرف أنه يسمى بهذا الاسم.

يشترط في التعريف أن يكون مطردا منعكسا أي جامعا مانعا، "جامعا لأفراد المحدود و هو معنى مطردا و مانعا من دخول غيره في المحدود و هو معنى منعكسا"[2]، وشروط التعريف المعتبر هي:

أ. أن يكون التعريف جامعا مانعا فلا يصح التعريف بالأعم، لأنه ليس مانعا، أو بالأخص، لأنه ليس جامعا.

ب. أن يكون التعريف أجلى مفهوماً وأوضح من المعرَّف. فلا يجوز التعريف بالأخفى.

ج. أن لا يكون المعرِّف عين المعرَّف مفهوما، كتعريف الإنسان بالبشر، للزوم توقف الشئ على نفسه فنقع في الدور وهو محال.

د. أن يكون التعريف بألفاظ واضحة المعاني لا يشوبها الإبهام أو الغموض.

من هنا تبرز أهمية التعريف من حيث أنه يحدد ماهية المسألة و يُجلّيها و يُميّزها عن غيرها، فمثلا أخذ مال الغير من حرز و على خلسة منه مع توافر النصاب، يُعرّف على أنه "سرقة"، مما يجعلها مغايرة في ماهيتها وحقيقتها عن الغصب و النشل،كما تظهر فائدته في كونه يُهيئ المسألة لإيقاع الحكم المناسب عليها. و لكن ما هي الطريقة التي نحصل بها على التعريف؟

"والجواب: بطريقة التحليل والتركيب. و تعتمد هذه الطريقة على أساسين، الأول: معرفة الجنس العالي أو ما دونه والثاني: معرفة المميّز، مثال: من أراد معرفة الصلاة مثلا فلا يجد الجواب التفصيلي في المنطق وإنما هو يساعدك في رسم خطوات تكتسب بها التعريف السليم وتبقى في حاجة إلى معرفة الفقه والعبادات وما تختلف به الصلاة عن غيرها لتتمكن من التعريف الحقيقي. فتنظر في الصلاة إلى أي جنس تنتمي، فتجد أنها تنتمي إلى الطاعات لا إلى المعاصي أو تبحث عن جنس أقرب فتجد أنها عبادة، ويشاركها في

[1]. إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق، ص:29.

[2]. شرح العلامة الأخضري على السلم،، نفس الصفحة.

ذلك الصوم والزكاة والحج وغيرها، فتبحث عن المميز من خلال تحليل ودراسة صفات كل عبادة إلى أن تصل إلى الصفة الخاصة التى تنفرد بها الصلاة وهي أنها تفتح بالتكبير وتختتم بالتسليم، فتقوم بالتركيب فتقول الصلاة عبادة ذات أقوال و أفعال تفتح بالتكبير وتختتم بالتسليم."[1]

2. تعريف المفاهيم في القانون الوضعي:

القاعدة القانونية تتألف من قسمين، فرضيات مجردة و حكم عام مقرر لهذه الفرضيات، " إلا أن الفرضيات المجردة تمثل في حقيقتها حالات واقعية لا حصر لها، و كل حالة من هذه الحالات يطالها الحكم المقرر في القاعدة، و بالتالي أن كل قضية مخصوصة تمثل إحدى الحالات التي تتضمنها الفرضيات يجب أن يطالها الحكم المقرر في القاعدة"[2]، و من أجل معرفة ما إذا كانت فرضيات القاعدة تشمل الحالات الواقعية في القضية المطروحة " أي نتبيّن العناصر الواقعية التي بنيت عليها هذه المفاهيم، و يتم ذلك عن طريق تعريف هذه المفاهيم، فالتعريف يصل بالمفاهيم القانونية إلى تبيان العناصر الواقعية الاجتماعية الأولية التي تتضمنها هذه المفاهيم و التي تتضمنها بالتالي فرضيات القاعدة القانونية."[3]

و بناء عليه، فإن تحليل فرضيات القاعدة يتم عن طريق تعريف المفاهيم"و أن هذا التعريف يقود إلى تبيان العناصر الواقعية الأولية[4]التي تضمنتها تلك المفاهيم...فلابد من التفتيش عن المفاهيم التي تدخل العناصر الواقعية ضمنها. و يتم الربط بين العناصر الواقعية و المفاهيم القانونية عن طريق إعطاء الوصف القانوني للعناصر الواقعية."[5] فتعريف المفاهيم يمهد للتكييف القانوني للحالة الواقعية.

التعريف يظهر العناصر الواقعية الاجتماعية المنضوية تحت المفهوم القانوني، مثلا البيع الإيجار، الوكالة، الحراسة...الخ، فالمفهوم بصيغته المجردة يشمل حالات واقعية لا حصر لها، و كل حالة من هذه الحالات إذا ما طرأت في قضية مخصوصة، يمكن القول أنها مشمولة بحكم القاعدة إذا ما كانت العناصر الواقعية متوفرة في القضية المخصوصة و يمكن معرفة ذلك من خلال التعريف بالمفهوم القانوني، الذي تتولى

---

[1]. أبو مصطفى البغدادي، الواضح في المنطق على متن إيساغوجي، ص:106-107.

[2]. المنهجية في القانون، ص: 112.

[3]. المنهجية في القانون، ص: 114/113.

[4]. العناصر الواقعية كما توجد في القاعدة القانونية توجد أيضا في الحالة الواقعية، فهو أمر مشترك بينهما، لأن القاعدة القانونية ما هي في حقيقة الأمر، سوى مظاهر واقعية خضعت للتعميم و التجريد حتى ارتقت إلى صف القواعد القانونية.

[5]. المنهجية في القانون، ص: 229.

التقنينات المختلفة وضع تعاريف لمختلف المفاهيم مما يساعد القاضي في عملية إلحاق الحالة الواقعية بإحدى فرضيات القاعدة ليشملها حكمها.

المطلب الثاني : المرحلة الثانية: « إعداد الحكم المراد تطبيقه»

لتبيّن الحكم الواجب التطبيق، تواجه المجتهد في هذه المرحلة حالتان: حالة الحكم المنصوص و حالة الحكم المستنبط.

فرع ١ : حالة الحكم المنصوص.

للوصول إلى معرفة الحكم المجرّد النظري، لابدّ للمجتهد أن يكون ملما بتوثيق النّقول و فهم دلالاتها،"و الدلالة هي ما يتوصّل بصحيح النظر فيه إلى معرفة ما لم يعلم أو إلى معرفة المدلول"[1]، و معرفتها ضرورية للناظر في تنزيل الأحكام، و هي التي تمكنه من تهيئة الحكم للتطبيق، فهو محتاج إذا إلى معرفة أقسام اللّفظ بالنسبة لمعناه كما يتعيّن عليه الإلمام بكل التفريعات التي تندرج تحت كل قسم منها.

" و لعلّ السبب في ظهور هذه التقسيمات للألفاظ: أن اللّفظ قد وضعه الواضع أولا لمعنى أراده، ثم يستعمل ذلك اللّفظ في المعنى الذي وضع له أو في غيره، ثم تكون له دلالة على المعنى الموضوع له أو المستعمل فيه تتفاوت ظهورا و خفاء، ثم تأتي كيفية هذه الدلالة أو فهم ذلك المعنى من اللّفظ، لأن الألفاظ قوالب المعاني"[2].

تتم عملية إعداد الحكم المنصوص"بتبنيه من بين أحكام أخرى قد تكون مشابهة له أو متداخلة معه"[3]، أو قريبة منه، و في سبيل تبيّن الحكم الواجب التطبيق ينتهج المجتهد الخطوات التالية:

1. النظر في نصوص القرآن الكريم أولا، فإن وجد نصا صريحا في المسألة قطعيا غير منسوخ وخالي من المعارض، أخذ به.

2. فإن لم يجد أعمل نفس النظر في السنة النبوية الشريفة.

3. فإن لم يجد نصا قطعيا في السنة و لكن وجد ما يدلّ على المطلوب دلالة فيها احتمال،كأن كان النص عاما أو ظاهرا أو مشتركا، فيجتهد لتحديد المراد بالنص و ما إذا كانت الواقعة منضوية تحت

[1]. د. المسفر، منهج استنباط أحكام النوازل المعاصرة، ص.: 421.

[2]. المرجع السابق، ص: 422.

[3]. أ.د النجار، عبد المجيد، فقه تطبيق الشريعة عند الشاطبي، ص: 265

جنسه أو خارجة عنه، بعد أن يستوضح من القرائن المحتفة بها، دون أن يخرج عن احتمالات النص الظني.

4. كما ينظر في كتب علوم اللغة، مستعينا بدلالات الألفاظ، و البحث عن مخصّصات أو مقيّدات لذلك النص من الكتاب و السنة و غيرهما و مستحضرا لمقاصد الشريعة.

5. ثم ينظر في كتب المذاهب ليعرف الإجماع، فإن وجد العلماء الأمة متفقين على حكم أخذ به.

6. أن يتقيّد في اجتهاده في البحث عن الحكم بعدم إخراج النصوص عن ظواهرها لتأويلات بعيدة لا تحتملها اللغة، لأن التأويل لا يكون صحيحا إلا إذا بُني على دليل معتبر شرعا من نص أو قياس أو مقاصد الشريعة أو قرينة قوية تُفيد صرف المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح[1]، دون إهمال المعنى المرجوح بالكلية إذا لم يكن ضعيف المدرك، فقد يعضده في بعض الحالات مصلحة مرسلة أو استحسان أو ضرورة أو عرف تصيّره راجحا في الحالة الواقعية المخصوصة.

الفرع ب: حالة الحكم المستنبط.

1.أما في حالة سكوت الشارع، فإن إعداد الحكم يتم" باستحداثه بالاجتهاد وفق قواعده إن لم يكن حكما نصيّا"[2]، وهذا الاستحداث ينبني على أصول الشريعة و مقاصدها و في نفس الوقت يكون محكوما بخصائص الواقع و تشخّصاته العينية، كما يدخل ضمن ذلك أعراف و تقاليد و عادات الأفراد ، فيدرس كل ذلك دراسة معمّقة ومستفيضة، تُفضي إلى إصدار أحكام شرعية تتناولها بالإباحة أو المنع،يكمن دورها في مواجهة واقع النّاس بتوجيه حياتهم وفق مقصود الشارع.

والمجتهد إذا لم يعثر على الحكم في النصوص، فإنه " قد يلجأ إلى القياس أو التخريج على أقوال الأئمة مع مراعاة عدم مصادمة حكمه للنصوص والإجماعات الأخرى أو مخالفتها للعقول الصحيحة والفطر السليمة"[3]، حيث أنه يقيس الواقعة محل النظر أو الأمر المسؤول عنه، على ما يساويه في العلة مع ملاحظة القواعد الكلية ومقاصد الشريعة. فإن لم يمكنه القياس نظر في الأدلة المختلف فيها فيأخذ بالأقوى منها فالأقوى، نحو الحكم بموجب المصالح المعتبرة، كالمصالح المرسلة التي تقوّت بالشواهد

---

[1]."التأويل هو صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح لاعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دلّ عليه الظاهر"، ابن قدامة في روضة الناظر، ج 2، ص: 563.

[2].فقه تطبيق أحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص: 265.

[3]. أ.د. عبد المجيد النجار: فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص 265.

ومقاصد الشريعة أو الاستحسان وسد الذرائع أو الأعراف المعتبرة ولا يستعمل شيئا من هذه الأدلة إلا إذا تحقق كونها حجة وتوافرت شروطها، فإن لم يجد شيئا من ذلك رجع إلى الاستصحاب والبراءة الأصلية وهو آخر الأدلة.

2.أما **في** القانون الوضعي، فإن القاضي يلتزم بالنص التشريعي، فإذا لم يجد فله أن يسترشد بالمصادر الاحتياطية الأخرى، نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه :إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

المطلب الثالث: المرحلة الثالثة «الإلحاق إلى أصل معتبر»

وهي مرحلة التطبيق أو إيقاع الحكم وهي آخر مراحل اندراج الجزئيات تحت الكليات، حيث أن المجتهد بعد أن اكتملت لديه صورة الحالة الواقعية وتم تحديد وصفها الشرعي أو القانوني وبعد استحضار و إعداد الحكم الواجب التطبيق، يتهيأ لإيقاع الحكم على النازلة سواء تعلق الأمر بخصومة في مرفق القضاء أو بمناسبة نازلة استفتائية، أو تعلق الأمر بمجالات السياسية الشرعية. كما يتعين على المجتهد أثناء هذه العملية أن يستحضر ضابطين اثنين: الأول التحقق من انتماء الفرع إلى الأصل والثاني انتفاء المعارض الراجح أو المساوي.

فرع أ: التحقق من انتماء الفرع إلى الأصل:

أي التأكد من وجود الشبه بين مناط الواقعة ومناط الأصل وهو الحكم، فغالبا ما يتجاذب الفرع الجزئي الواحد أكثر من أصل كلي"بسبب اشتمال الجزئي على أوصاف مختلفة بعضها ينزع إلى هذا الكلي وبعضها ينزع إلى غيره، وهو بأحدهما أمس منه بالآخر، وربما كانت الجهة التي هو بها أمس دقيقة تخفى على غير الفطن"[1].و هو أمر في غاية العسر والصعوبة مما يتطلب من المجتهد ذكاء وفطنة، حيث يتعين عليه أن يتعرف من تفاصيل صورة الحالة الواقعية ما له تأثير في الحكم وما لا تأثير له، وذلك بإقصاء الأوصاف الطردية والإبقاء على الأوصاف المؤثرة التي لها علاقة مباشرة بالحكم، فليس كل ما يوجد في واقع المسألة من عوامل وأوصاف يهم المجتهد المكلف بتطبيق الحكم، وإنما ما كان له علاقة مباشرة

[1].العسري، نقلا عن الشيخ الوزاني: شروح وحواشي لامية الزقاق، ص 31.

بالمسألة المطروحة، وكذلك القاضي في القانون الوضعي ينحصر اجتهاده إزاء الحالة الواقعية في وقائع الخصومة فلا يجوز له أن يتعداها بإيجاد وقائع أخرى غير التي طرحها الخصوم.

فإدراك واقع القضية أمر مهم في الحكم عليها وأعني بذلك ما كان له أثر مباشر على الحكم، إذ أن معرفة ذلك مطلوب عند إرادة الحكم عليه.

وليست هذه القاعدة خاصة بأمور الشرع بل هي عامة على كل واقع يراد الحكم عليه، مثل الطبيب يعاين المريض ويكشف عليه بقياس درجة الحرارة وجس نبضه لمعرفة قياس الضغط الدموي كل ذلك قصد تحديد نوعية المرض، وكذلك الشرطي الذي يعاين السيارة أثناء الحادث ليحدد جسامة الخسارة.

و الحاصل أنه لابد من معرفة أمرين أساسيين هما:

الأول: أنه يوجد عوامل تؤثر في الحكم على الواقع مثل ارتفاع درجة حرارة المريض وضغطه الدموي ومحرك السيارة ومدى سلامة إطاراتها والفرامل، لأن بتغير هذه العوامل يتغير الحكم على هذا الواقع.

الثاني: أن معرفة بعض الواقع لا تؤثر على الحكم في هذا الواقع كاسم المريض أو لون السيارة.لذلك ينتقي القاضي أو المفتي من الوقائع والأوصاف ما كان له أثر على المسألة المطروحة، فالواقع المراد الحكم عليه هو واقع أخص من مطلق الواقع العام المحيط بالواقعة، وهذه الأوصاف المؤثرة هي التي تجعل من الجزئيات تندرج تحت كلياتها لما لها من أوصاف مؤثرة مباشرة في الحكم.

فرع ب: انتفاء المعارض الراجح أو المساوي.

أي عدم مصادمة ولا معارضة نص شرعي ولا مصلحة أقوى. لا مناص للمجتهد من البحث قبل تطبيق الحكم عن العوارض المؤثرة على دليل الحكم كالنسخ والتخصيص والتقييد وغيرها، "فلا يجوز التمسك بشيء من أدلة الشرع وبناء الأحكام عليها حتى يتم استفراغ الوسع في فحص كل ما يمكن أن يعارض الأدلة حتى يسلم الاحتجاج بها"[1].

فإذا لم يتبين للمجتهد مانع يمنع من دخول تلك الصورة تحت الحكم، بعد تأمل وإعمال للفكر، ألحقها بأصلها وأوقع عليها الحكم.

إن المقصود بدليل الحكم دليل مشروعيته وليس دليل وقوعه، والفرق بينهما ظاهر" فالأول متوقف على الشارع والثاني يعلم بالحس أو الخبر أو العادة، فالأول الكتاب والسنة ليس إلا، وكل دليل سواهما

[1].د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص 426.

يستنبط منهما،والثاني مثل العلم بسبب الحكم وشروطه وموانعه فدليل مشروعيته يرجع فيه إلى أهل العلم بالقرآن والحديث ودليل وقوعه يرجع فيه إلى أهل الخبرة بتلك الأسباب والشروط و الموانع"[1]، وهذا ما قرره العلامة الشاطبي رحمه الله من أن الأدلة في أصلها محصورة فيما يرجع إلى النقل لأنها تستند إليه فيه، يستدل على صحتها وحجيتها[2]، وهو نفسه الذي قرره العلامة القرافي في الفرق السادس عشر بين قاعدة أدلة مشروعية الأحكام وبين قاعدة وقوع الأحكام، فالأولى منحصرة والثانية غير منحصرة[3].

و العوارض المؤثرة في دليل الحكم قسمان:عوارض ذاتية وأخرى إضافية منفكة عن الدليل ولكنها مؤثرة في تنزيل الحكم على الواقعة.

أولا–العوارض الذاتية: و قد جعلها الإمام الزركشي[4]رحمه الله، عشرة عوارض"منها ما يرجع لعوارض الألفاظ وهي خمسة: المجاز والاشتراك والنقل والإضمار والتخصيص، ومنها ما يرجع لغير ذلك إما للحكم كالنسخ أو للتركيب كالتقديم والتأخير أو للواقع كالمعارض العقلي أو للغة كتغيير الإعراب"[5].

وتتم معرفة تلك العوارض بالرجوع إلى مباحث أصول الفقه، ويكون التعامل معها "بالبحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد والتي استكمل إعمال نظره في استفادة مدلولاتها ليستيقن أن تلك الأدلة سالمة مما يبطل دلالتها ويقضي عليها بالإلغاء والتنقيح، فإذا استيقن أن الدليل سالم عن المعارض أعمله وإذا ألفى له معارضا نظر في كيفية العمل بالدليلين معا أو رجحان أحدهما على الآخر"[6].

هذا المنهج يوضح الخطوات التي يتبعها الناظر في النوازل لإزالة التعارض في حالتين حالة المعارض الراجح وحالة المعارض المساوي.

1) حالة المعارض المساوي:

1.ابن القيم الجوزية، بدائع الفوائد الجزء 4، ص 15.

2.الشاطبي، الموافقات الجزء 3، ص 227 بتصرف.

3.القرافي، الفروق، الجزء 1، ص 128.

4. أبو عبد الله، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، الشافعي، تركي الأصل، مصري المولد و الوفاة، تلقى العلم على جمال الدين الأسنوي، و البلقيني، له دراية بالفقه و الأصول و الحديث و علوم القرآن، له البحر المحيط في أصول الفقه، و البرهان في علوم القرآن...و غيرهما، توفي رحمه الله سنة 794 هـ. الأعلام، ص: 286/06.

5.الزركشي: البحر المحيط، ج 2، ص 241.

6.الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص 15.

في هذه الحالة يتعين على الناظر في النوازل الجمع قدر الإمكان بين الدليلين المتساويين، لأن الإعمال أولى من الإهمال، ومن أوجه الجمع :

- حمل أحد الدليلين على وضع والآخر على وضع آخر، كحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد و فيه إعمال للدليلين معا.
- حمل أحد الدليلين على زمن معين وحمل الآخر على زمن آخر بحيث يكون المتأخر ناسخا للمتقدم.

2) حالة المعارض الراجح:

في هذه الحالة، يُصار إلى الدليل الراجح ويطرح المرجوح، وأوجه الترجيح كثيرة،كترجيح النص على الظاهر والمفسر على المجمل، والمنطوق على المفهوم...الخ، وهذا ما أكده الشاطبي من أن الترجيح لابد أن يتم وفق الضوابط والقواعد التي سطرها الأصوليون بقوله:"فلا يصح إعمال أحد دليلين متعارضين جزافا من غير نظر في ترجيحه على الآخر"[1]، و النظر هو الاجتهاد المبني على الضوابط الأصولية كما قررها علماء الأصول في مضانّها.

ولا يعني الترجيح طرح الدليل المرجوح مطلقا إذا لم يكن ضعيف المدرك، فقد يُصار إليه إذا ما استدعت المصلحة اعتباره في حالات مخصوصة.

ثانيا–العوارض الإضافية:

الأصل في أدلة الأحكام أن تقع مجردة عن التوابع الإضافية إذ من سمتها العموم والتجريد وما إن تنظم إليها هذه التوابع الخارجية حتى تغير الحكم المجرد عند التعيين وتنزيله في الواقع، فاعتبار التوابع والإضافات المؤثرة على مناط الحكم عند التعيين ضابط مهم آخر في تنزيل الأدلة على أحكام الوقائع، فقد ذكر العلامة الشاطبي هذه المسألة قائلا: " لا يخلو أن يأخذ المستدل الدليل على الحكم مفردا مجردا على اعتبار الواقع أو لا، فإن أخذه مجردا صحّ الاستدلال، وإن أخذه بقيد الوقوع معناه التنزيل على المناط المعين، وتعيين المناط موجب في كثير من النوازل إلى ضمائم وتقييدات لا يشعر المكلف بها عند عدم التعيين... ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى:﴿وَقُومُواْ لِلَّهِ قَـٰنِتِينَ ﴾[2]، تنزيلا على المناط المعتاد في الوجوب القيام للصلاة فلما عُرض مناط آخر خارج عن المعتاد وهو المرض، بينه عليه الصلاة والسلام

[1] .الشاطبي، الموافقات، ج5، ص 64-65.

[2] .سورة البقرة، شطر الآية 238.

بقوله وفعله حين جحش شقه وقال عليه الصلاة والسلام:"أنا وكافل اليتيم كهاتين"[1]، ثم لما تعين مناط فيه نظر، قال عليه الصلاة والسلام لأبي ذر[2]:"لا تولينّ مال يتيم[3]إلى سائر الأمثلة"[4].

تضفي التوابع الإضافية نوع من الصعوبة للناظر في النوازل، وهو يتلمّس طريقه في تحديد موقع النازلة من الأطراف التي تتجاذبها باعتبار أن "وجه الترجيح في هذا الضرب غير منحصر، إذ الوقائع الجزئية النوعية أو الشخصية لا تنحصر، ومجاري العادات تقضي بعدم الاتفاق بين الجزئيات بحيث يحكم على كل جزء واحد بل لابد من ضمائم تحتف وقرائن تقترن، مما يمكن تأثيره في الحكم المقرر، فيمتنع إجراءه في الجزئيات، وهذا أمر مشاهد معلوم"[5].

وبيان ذلك أن النازلة منحصرة بين طرفين متناظرين طرف أعلى وفي مقابله طرف أدنى، وبينهما واسطة تتسم بالغموض والإبهام تتطلب التوضيح و البيان، أي تستوجب تحقيق المناط لما أُضيف إليها من توابع إضافية تؤثر مباشرة في الحكم الواجب التطبيق، فينظر المجتهد إلى أي الطرفين أنسب وأقوى ليلحقها به "فإن النظر في تحقيق المناط كذلك لا يحصل إلا بتحديد مجال الاجتهاد من جهة وبالتقابل بين الأدلة المثبتة للحكم والأدلة النافية له من جهة أخرى...، لابد من التعرف أولا على الدليل المثبت للحكم والدليل النافي له والتعرف على النازلة أو الواسطة التي تتجاذبها الأطراف، هل هي من القسم الواضح الذي يسهل النظر فيه مثل أن يكون الشخص في طرف أعلى من العدالة أو في طرف مناقض لها أو هي من القسم الإضافي المذبذب بين الطرفين الواضحين"[6] الذي تنضم إليه التوابع الإضافية و التشخصات الظرفية فيؤثر في الحكم عند التنزيل.

فرع ج: ضبط منهجية التطبيق:

---

[1].صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم 5304، ج 9، ص 439.

[2].الصحابي الجليل جندب بن جنادة بن سفيان بن حرام بن غفار، أبو ذر الغفاري، أحد السابقين الأولين، قال عنه الذهبي أنه كان رأسا في الزهد و الصدق والعلم والعمل، تعبد الله قبل الدعوة بأعوام، روى عنه عمر بن الخطاب و ابنه عبد الله و ابن عباس و غيرهم من الصحابة، هاجر إلى الشام، ثم استقدمه منها عثمان لما ولي الخلافة، لشكوى معاوية منه، فأسكنه الرّبذة حتى مات بها سنة 32هـ رضي الله عنه و أرضاه. أسد الغابة562/01، سير أعلام النبلاء 46/02، حلية الأولياء156/01.

[3].صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة، رقم 1826، ص: 290/12.

[4].الموافقات، ج3، ص 292 و296.

[5].الموافقات، ج4، ص 294.

[6].د.إدريس حمادي: المنهج الأصولي في فقه الخطاب، ط1، 1998، المركز الثقافي العربي، لبنان: بيروت، ص: 153-154.

بعد التحقق من انتماء الواقعة إلى أصلها و إلحاقها إليه، ينظر المجتهد في كيفية إيقاع هذا الإلحاق وذلك بضبط طريقة التطبيق التي يكون بها إجراء الحكم على محله كأن يكون متدرجا أو منضبطا بزمن معين أو بحالات معينة.

أولا–التدرج والمرحلية: لا ينكر أحد ما لهذا الضابط من مراعاة للنفس البشرية والفطرة الإنسانية، حيث يقتضي التخفيف عن المكلفين ورفع الحرج عنهم بسبب ما يلاقونه من جراء الانتقال المفاجئ من حال إلى حال، نظرا لما للعادة والألفة من تمكن من النفس البشرية، فالتدرج يسهل المرور السلس من واقع إلى آخر و من مرحلة إلى أخرى دون إحداث أي إزعاج أو أثر سلبي على نفسية المكلفين حيث يضمن هذا الضابط الانتقال الآمن من الوضع الذي ألفه المكلف إلى الوضع الذي اقتضته تعاليم الشرع.

إن ضابط التدرج يقتضي العمل بالأولويات فيقدم الأهم قبل المهم عند التزاحم وترجيح الأصلح على الصالح ودرء الأكثر فسادا عن الفاسد، "لذا فإن المرحلية المؤسسة على الأولويات وفقا لسنة التدرج تبقى أمرا ضروريا في التغيير الإسلامي المنشود"[1].

و واقعنا في أمسّ الحاجة إلى فقه أولويات متسم بالمرحلية و التدرّج نظرا لما أصابه من قلب جذري، شامل لنظمه الإدارية والمالية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والأخلاقية، مما جعل كمّا هائلا من أنواع الفساد تتراكم و تستشري في كل مناحي المجتمع، لا يمكن القضاء عليها دفعة واحدة بل لابد من انتهاج هذا السبيل الممتد الجذور إلى العصر النبوي وعصر السلف الصالح بل هو قبل ذلك منهج رباني قرآني.

فكون منهج التدرج مستوحى من القرآن الكريم والسنة النبوية، إنما يعني أنه لم تنزل أحكام القرآن دفعة واحدة "وإنما سلك منهج التدرج في علاج الظواهر المرضية التي كانت متجذرة في المجتمع الجاهلي، فكانت الأحكام تنزل بما يناسب الظرف وبما تحتاج إليه كل مرحلة.والسنة النبوية أيضا سلكت هذا المنهج حيث كان الرسول صلى الله عليه و آله وسلم يراعي بشكل واضح مبدأ الأولويات، يقدم ما يستحق التقديم ويؤجل ما لا يناسبه الظرف،كما كان يعطي لكل واقعة حجمها الحقيقي وما تستحق من عناية واهتمام"[2].

---

[1].محمد الوكيلي، فقه الأولويات، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ط1، سنة 1998، ص: 33.

[2].المرجع السابق، ص: 34.

ثانيا–التأجيل والاستثناء:

يفضل أغلب الكاتبين المهتمين بالفقه الإسلامي استعمال التأجيل بدل الإيقاف أو التوقيف، "والمقصود بالتأجيل هو العدول عن تطبيق الحكم الشرعي في ظرف معين، وإسقاط العمل في ذلك الظرف، حتى يحين ظرف آخر مناسب يعاد فيه ذلك الحكم إلى التطبيق، والمقصود بالاستثناء إسقاط تطبيق الحكم في عينة من عينات الأفراد أو الحالات في حين يطبق على سائر العينات الأخرى المشابهة لها"[1].

يؤجل تطبيق الحكم إذا ما تخلفت شروطه أو بعضا منها، أو لوجود موانع تحول دون تطبيق الحكم أو تجعل من تطبيقه لا يحقق مقصود الشارع من وضع الأحكام بل قد يؤدي تطبيقها إلى ما يناقض المصلحة المقصودة شرعا.

" ثم إن الظرف الواقعي قد لا يكون مناسبا لإنزال الحكم...فقد ترك النبي صلى الله عليه وسلم إعادة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم مخافة إثارة الفتنة عند قوم حديثي عهد بالكفر، لم يتمكن الإسلام من نفوسهم، قال صلى الله عليه وسلم: « لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم»[2]"[3]،كما امتنع عن قتل المنافقين معللا ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:

" أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه"[4]، "و الحكم المستفاد هاهنا أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يقتل المنافقين، مع علمه بهم و قيام الشهادة عليهم أو على أكثرهم...تألفا و مخافة من سوء المقالة الموجبة للتنفير كما سبق من قوله، و هذا كما كان يعطي الصدقة للمؤلفة قلوبهم مع علمه بسوء اعتقادهم تألفا لهم"[5]، و هو نظر مآلي منه صلى الله عليه و سلم بحكم معرفته لطبيعة التفكير التي كانت سائدة آنذاك لدى الناس، فراعى هذا الجانب حفاظا على سلامة و نجاعة الدعوة.

---

[1]. في فقه التدين، ج2، من موقع "كتاب الأمة": www.Islam.gov.qa

[2].أخرجه البخاري، رقم: 126، كتاب: العلم، باب: من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه، ص: 72/01.

[3].محمد الوكيلي، فقه الأولويات، ص 176.

[4]. أخرجه البخاري، رقم: 3257، كتاب: المناقب، باب: ما ينهى عن دعوة الجاهلية، ص:21/03.

[5]. أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، علق عليه و خرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت: لبنان، طبعة 3/ 2003م، القسم الأول، ص: 20- 21.

وما يمكن قوله في هذه الجزئية " أنه قد يتبين أن حكما ما إذا ما طبق على فرد معين أو حالة معينة، قد يفضي تطبيقه إلى مفسدة من حيث وُضع ليحقق المصلحة، وذلك باعتبار خصوصية في ذات الفرد أو الحالة التي انفردت بها دون سائر الأفراد والحالات، فيسقط إذن تطبيقه، وتستثنى تلك العينة من هذا الحكم ليطبق على نوعها"[1].

و تسهم هذه القواعد في حماية وتوثيق أصل المصلحة المعتبرة شرعا، فالاستحسان مثلا ليس فقط عدولا عن القياس بقدر ما هو توطيد وتوثيق لأصل المصلحة، حينما يُعدل إلى القياس الذي تبدو المصلحة فيه أقوى تأثيرا و إن كانت أخفى، و ما الاستحسان سوى" التفات إلى المصلحة والعدل"[2] على حد تعبير ابن رشد الحفيد[3]و تكريس حقيقي لمفهومي العدل و الإنصاف.

و تجدر الإشارة إلى أنه في حالتي التأجيل والاستثناء يضطر المجتهد وكذا المكلف في نفسه اختيار الحكم الأدنى و الأخف وترك الأعلى و الأشد بناءا على قاعدة المصالح والمفاسد، وذلك بحسب ما يمليه الواقع ولا يترتب على ذلك أي إثم أو مؤاخذة شرعية، لأن التكليف"تارة يسقط بالامتثال وتارة يسقط بتعذر الامتثال"[4]، حيث يصطدم المكلف أو المجتهد مع ظرف يصعب معه تطبيق الحكم.

كما أن التأجيل لا يقصد به الإلغاء أو إسقاط الحكم بالكلية، حيث أنه"حينما تختل شروط التطبيق في ظروف ما مما يعطل مقاصده إذا ما أوقع، يكون في تأجيله إلى حيث تحقيق تلك الشروط مندوحة عن القول بالإلغاء"[5]، الذي يقول به رجال القانون الوضعي والذي يعني نسخ الحكم تماما بينما التأجيل في الفقه الإسلامي هو تأجيل للحكم إلى حين توفر شروط تطبيقه ولا يُلغى، لأنه يمكن أن تتغير الظروف وتعود المصلحة الأولى التي أنبنى عليه الحكم في أصله.

---

[1]. فقه التدين، ج2، موقع : www.Islam.gov.qa

[2]. ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بيروت: دار الفكر، 1998،بدون طبعة، ص: 01/ 149.

[3]. محمد بن أحمد بن الرشد، الشهير بالحفيد الغرناطي، ولد في سنة 520هـ،أبو الوليد، قاضي الجماعة بقرطبة، روى عن أبيه أبي القاسم،استظهر عليه الموطأ حفظا، و أخذ العلم عن أبي القاسم بن بشكوال و ابن سمحون و المازاري ...درس الطب و الفقه و الأصول و علم الكلام، له دراية بالإعراب و الآداب، له بداية المجتهد و نهاية المقتصد في الفقه المقارن و الكليات في الطب و مختصر المستصفى في الأصول، توفي رحمه الله في سنة 595هـ. الديباج المذهب، ص: 378.

[4].العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص 51.

[5].فقه التدين، ج2: www.Islam.gov.qa

المبحث الثالث: طرق الربط بين الجزئيات و الكليات.

يكمن عمل المكلف بتطبيق الأحكام قاضيا كان أو مفتيا أو حاكما، في البحث عن إمكانية إدراج الوقائع والجزئيات تحت أصل شرعي منصوص أو أصل معنوي عام، أو يبحث لها عن نظير يمكن إلحاقها به إذا تعذر هذا الأصل المعتبر شرعا منصوصا كان أو معنويا " فيستمر المفتي أو القاضي في الموائمة بين الوقائع والأحكام الفقهية حتى يتحقق تحت أي دليل تدخل، وقد تأخذ تلك الوقائع والنوازل بشبه من عدة أدلة. فيكون الأمر أصعب. والجدير بالذكر أن عملية إدراج النوازل تحت الأدلة إنما هي عمل منطقي وتدريب وصناعة، لأنه قد يكون إنسان حافظ لقواعد الفقه ونصوصه ولكنه لا يستطيع تطبيق النصوص على النوازل."[1]

ولعلّ هذه الصعوبة ناجمة عن طبيعة عملية الإلحاق التي تعتمد أساسا على قواعد العقل والمنطق بالدرجة الأولى و قواعد أصول الفقه إذا وُجد لها أصل للإلحاق، وفي حالة انعدامه يكون الإلحاق إلى النضير إن وجد أيضا حيث يكون استخراج أحكام الفروع من نظائرها بالتخريج الفقهي.

المطلب الأول: الربط بين المسائل باعتماد قواعد أصول الفقه.

إن من بين الأساليب المستعملة في إدراج جزئيات الواقع تحت كليات الشريعة ومن أهمها الربط بين المسائل وأدلتها بواسطة قواعد أصول الفقه.

فرع أ- دلالات الألفاظ:

تعرف قواعد أصول الفقه أو القواعد الأصولية على أنها تلك القواعد المتعلقة بالعلم "المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك..."[2]، حيث يستعمل المجتهد هاته القواعد عند استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها ليتعرف على أحكام النوازل،"و إنما تحصل له معرفة الحكم بالحمل على النص أو على دلالته...و أكثر ما يحتاجه الناظر في رده لأحكام النوازل معرفة دلالات النص على المعنى لأن النصوص لا تفي بأحكام ما ينزل بالمكلفين."[3]

---

[1].أ.العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي،وزارة الأوقاف المغربية، 2006، ص 186.

[2].القرافي، الفروق، ج1، ص 02 و03.

[3].د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، ص: 397.

ذلك لأن نصوص الكتاب الكريم والسنة القولية هي تراكيب لغوية جاءت بلسان العرب وجرت على أساليبهم في التعبير، قال الله تعالى:﴿فَإِنَّمَا يَسَّرْنَـٰهُ بِلِسَانِكَ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾[1]. وقال عز من قائل:﴿قُرْءَانًا عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِى عِوَجٍ لَّعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ﴾[2]، وبناءا على ذلك، ينبغي لمعرفة معاني الكتاب والسنة واستنباط الأحكام منهما قصد تنزيلها في الواقع، أن نفهم طريقة العرب في التعبير بحكم أنها لغة التشريع، ومعرفة لغة العرب وأساليبهم هو ركن لابد منه للاجتهاد لاستنباط الأحكام الشرعية وهذا ما مكن الرعيل الأول من سلفنا الصالح رحمهم الله من الفهم السديد لنصوص الكتاب والسنة، ولأن اللسان العربي كان لديهم سليقة، فلم يتعثروا في فهم النصوص ولا في تطبيقها لذلك اشترط علماء الأصول لفهم النصوص الشرعية والاستنباط منها أن يكون المستنبط عالما باللسان العربي مدركا لدقائق ومرامي العبارات فيه، لكون هذه المعرفة لها مداها في فهم النصوص وأخذ الأحكام منها، لذلك اتجه العلماء إلى وضع تقسيمات للألفاظ وما تدل عليه من معاني إلى خمسة أقسام:

1) قسم من حيث وضوح الألفاظ وخفائها: فمن حيث الوضوح يقسم اللفظ إلى الظاهر والنص والمحكم والمفسر أما من حيث الخفاء فيقسم إلى الخفي والمشكل والمتشابه.

2) قسم من حيث دلالة الألفاظ على الشمول وعدمه: وهو بهذا الاعتبار عام وخاص، ومطلق ومقيد.

3) قسم من حيث صيغ التكليف: و يقسم إلى أمر ونهي.

4) قسم من حيث استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له أو في غيره وهو بهذا الاعتبار حقيقة ومجاز وصريح وكناية.

5) قسم من حيث طرق دلالة الألفاظ على معانيها: وتكون دلالة اللفظ بهذا المعنى إما بطريق العبارة أو الإشارة، أو الدلالة أو الاقتضاء.

هذه التقسيمات وما يندرج تحتها من أنواع، هي أدوات يستعين بها المجتهد في استنباط الحكم الشرعي الواجب التطبيق على النازلة محل النظر، مع ضابط يقضي بعدم الخروج عن احتمالات النص الظني، فمثلا منشأ الخفاء في النصوص الخفية، ليس راجعا لذات الصيغة، لأنها واضحة الدلالة على معناها، إنما عرض لها الخفاء بمناسبة تنزيلها على الواقع لتطبيقها على أحد أفرادها، فالواقع هو الذي أضفى عليها

---

[1]. الآية 57 من سورة الدّخان.

[2]. الآية 28 من سورة الزمر.

حالة الخفاء، " فيتعيّن على من يطبقها – أي النصوص- السعي في إزالة الخفاء و الغموض الذي يكتسيها، وإذا كان النص محتملا لأكثر من معنى و قد يتعين ترجيح أحد معانيه و تعيين المراد منه"[1]، بالاستناد إلى دليل مسوّغ مع عدم الخروج عن احتمالات النص الخفي.

هذا في إطار النصوص، أما في حالة انعدامها، يلجأ المجتهد إلى الإلحاق بواسطة القياس إذا وُجد للمسألة نظير، أما إذا لم يكن لها نظير لجأ المجتهد إلى القياس بالمصلحة مستعينا بمصادر الشرع التبعية كالاستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وفتحها أو بالمصلحة التي يرعاها العرف.

فرع ب– القياس الأصولي أو قياس التمثيل: Le syllogisme

يعرّف القياس لدى الأصوليين على أنه:"إلحاق فرع بأصله لعلة جامعة بينهما"[2]، وهو يقابل قياسالتمثيل عند المناطقة، وهو استدلال بالجزئي على جزئي آخر بناء على جامع مشترك بينهما، أو قياس النظير على النظير، نحو: المخدرات محرمة كالخمر، بجامع الإسكار، فهو مشتمل على فرع وأصل وعلة وحكم، والتي تمثل أركان القياس.

1- الأصل: هو ما بني عليه غيره، أو ما عرف بنفسه دون افتقار إلى غيره، وهو الأمر ذو الحكم المنصوص الذى نقيس عليه.

2- الفرع: هو ما تفرع، وبني على غيره، فهو المحل أو الشيء الذي نريد أن نحكم عليه، أو الأمر مجهول الحكم الذي نريد إلحاق حكمه بحكم الأصل.

3- الحكم: هو الحكم الشرعي الذي يحكم به على الفعل من ناحية كونه حراماً أم حلالا، فهو الحكم الشرعي للأصل الذي نريد إعطائه للفرع.

4 – العلّة: تعتبر أهم أركان القياس، وهي التي تستنبط من حكم الأصل، أو ينص عليها، وتكون موضع البحث والنظر، والتأمل في الفرع حتى إذا تحقق وجودها جرى حكم الأصل عليه، فهى الأمر الجامع بين الأصل والفرع وهى الباعث على الحكم وهى ركن القياس الأعظم وللأصوليين مسالك عديدة لاستخراجها فقد تكون علة منصوص عليها صراحة أو بالإشارة أو وقع الإجماع على أنها علة حكم الأصل أو بعدة طرق استدلالية كالسبر والتقسيم والطرد والدوران وغير ذلك.

[1]. أ. الأستاذ الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 58.

[2].أنظر إرشاد الفحول، ص 198.

الإلحاق الدلالي و القياسي في القانون الوضعي:

يقابل علة القياس الأصولي أو الفقهي في القانون ما يعبر عنه بالحكمة أو روح التشريع، و هي تعين في تحديد معنى النص القانوني عند تفسيره و ذلك على ضوء الغاية من التشريع أو الهدف الذي تسعى القاعدة القانونية إلى تحقيقه، " و يرى جانب من الفقه أن الحكمة – أي العلة – في جميع القواعد القانونية هي العامل الحاسم، ليس فقط في توضيح غموض التشريع، و لكن لإيجاد حلول لحالات أخرى"[1]، أي تعميم حكم النص على الحالات الأخرى المشابهة المنطوية على نفس الحكمة و لكن لم يشملها لفظ النص و هو قياس التمثيل، مما يعني أن استنباطها لا يكون إلا عند سكوت التشريع أو غموضه،" أما في حالة دلالة ألفاظ النص على المعنى بصفة قطعية و واضحة بحيث يفهم مضمون القاعدة القانونية فهما كاملا فعلى المفسر الالتزام بالمعنى الذي استخلص من النص"[2].

1) تحقيق القياس يفرض التوصل إلى معرفة علمية لعناصره:

و هي عملية تحديد المقدمات؛ الصغرى و الكبرى من طرف القاضي، حيث "يبدأ أولا بإقامة البنيان الواقعي للنزاع توصلا لمعرفة فئة القواعد القانونية التي يمكن حل النزاع على ضوئها، ليتمكن بعد ذلك من تعيين قاعدة محددة، من بين تلك الفئة هي التي يجب حل النزاع على ضوئها و بعدها يضع مقدمات القياس لينطلق إلى تحليل هذه المقدمات توصلا للحل المنشود"[3].

2) مراحل تحقيق العملية القياسية: و هي مرحلة الفرز أي التفرقة بين ما هو واقع و ما هو قانون، حيث" يبدأ بنظرة أولية كلية لهذه العناصر تعطيه فكرة كلية عن النزاع توجهه باتجاه البحث عن فئة القواعد القانونية التي يمكن حل النزاع على ضوئها"[4]، و هذا هو تحقيق المناط العام في الفقه الإسلامي.

ثم "يبدأ بالتحليل العلمي للوصول إلى المعرفة الكلية الصحيحة التي تمكنه من إعطاء الحل للقضية المخصوصة المعروضة عليه"[5]. و التحليل يستلزم معاودة النظر في الوقائع لتحديد العناصر المنتجة التي تصلح للبناء عليها كمقدمة صغرى في القياس المنطقي، و هذا هو تحقيق المناط الخاص.

---

[1]. د. السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 210.

[2]. نفس المرجع، ص: 217.

[3]. المنهجية، ص: 109.

[4]. المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[5]. المرجع نفسه، ص: 110.

و هذا التحليل العلمي يفرض عليه إعادة دراسة العناصر الواقعية بشكل دقيق حتى يتبين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من بين القواعد القانونية المحتملة و بعدها يحصر العناصر الواقعية المفيدة في حل النزاع بتلك التي يرى أن لها علاقة بالقاعدة القانونية و يبدأ بعد ذلك بتحليل علمي لفرضيات القاعدة القانونية ليتأكد مما إذا كانت هذه الفرضيات تتضمن بين ما تضمنته العناصر الواقعية التي تتألف منها القضية المخصوصة فإذا أوصله التحليل إلى هذه النتيجة أمكنه القول أن الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية يجب أن يقرر للقضية المخصوصة موضوع البحث، وذلك بعد إعمال القياس المنطقي، حيث بعد المقارنة بين العناصر الواقعية المفيدة مع فرضيات القاعدة، ينتهي رجل القانون إلى وضع مقدمات القياس المنطقي حتى يمكنه استخراج النتيجة التي تمثل الحل للحالة الواقعية المطروحة.

أما موضوع القياس فهو"طلب أحكام الفروع المسكوت عنها من الأصول المنصوصة بالعلل المستنبطة من معانيها ليلحق كُلّ فرعٍ بأصله"[1].وبناء على تحديد موضوع القياس نستطيع القول: أن إجراء القياس يقتضي من القائس معرفة الأصول المنصوصة، وإدراك العلل المستنبطة من معانيها حتى يستطيع إلحاق الفرع بأصله، لذلك لابد للناظر في النوازل من الإلمام بهذا المصدر والمعرفة الجيدة بسننه، وخاصة أن يكون مؤهلا وقادرا على استنباط العلة لكونها أساس القياس وأما الذين يجهلون معرفة الأصول المنصوصة في الكتاب والسُّنَّةِ والإجماع فلا يحقُّ لهم القياس لأنهم لا يمتلكون وسائله.و من هنا يتبيّن أن إجراء القياس محصور بالعلماء الأكفاء المجتهدين العدول دون غيرهم.

و يعد القياس من أغزر مصادر التشريع توليدا لأحكام الفروع الجزئية التي تفرزها نوازل الواقع وحوادثه والتي تتعاقب كل يوم و لابدّ لها من حكم شرعي مستوحى من أصول الشريعة لكون نصوصها متناهية ومحصورة " فالقياس وما يتعلق به من وجوه الاستدلال والنظر هو المسترسل على جميع تلك الحوادث والوقائع والمستوفي لأحكام ما جد وما سيجد من أمور...ولعلّ الحاجة إليه تزداد عند نزول الواقعات الجديدة وحدوث المشكلات المعاصرة التي تتطلب حلا سريعا وبحثا دقيقا ومعرفة عميقة"[2].

إلا أن هذا الضرب من الإلحاق لا وجود له في العصر الحالي لانعدام الاجتهاد المطلق وقد أفاض فيه الكتاب والمؤلفون في بابه من كتب أصول الفقه.

---

[1].البحر المحيط، ص:05/ 15 .

[2].منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص 405.

"والاستدلال بهذا القياس هو المستعمل بكثرة عند الفقهاء كالمجتهدين المطلقين، ويستعمله أيضا مجتهدة المذهب والفتوى في إلحاق مسألة بنظيرتها مما نص عليه المجتهد المطلق أو أتباعه من مجتهدي التخريج، ويستعملونه أيضا في ترجيح قول من أقوال الإمام في مسألة بقياسه على قوله في مسألة أخرى تماثلها ولم يختلف قوله فيها"[1].

فالقياس الأصولي أو قياس التمثيل لدى رجال القانون، يعتمد أساسا على الاستدلال بالمشابهة في اصطلاح القانونيين، و" التشابه يفترض أن بين قاعدة سابقة و قاعدة مستنتجة وجود سبب مشترك، والقاضي عند بحثه عن القاعدة التي تطبق على ما يعرض عليه من وقائع، ينظر في تشابه السبب القانوني la cause juridique للوقائع الأخرى، فإذا تماثلت أسبابها أعطاها حكمها"[2]، وهو من الوسائل المنطقية التي يستعملها القاضي في استدلاله و هو يتلمس الحل القانوني للنزاع المطروح، كما له أن يستعمل أيضا الاستدلال بالمخالفة"le raisonnement à contrario"، وعليه فاختياره لأية من الطريقتين للاستدلال يرجع إلى مدى اتفاق الوقائع لكل نزاع و القانون الشائع، فيلجأ القاضي إلى الاستدلال بالمشابهة إذا كانت الوقائع للنزاع تتفق مع القانون الشائع، و إن كانت الوقائع تشذ عن القانون الشائع فيعتمد القاضي على الاستدلال بالمخالفة"[3].

المطلب الثاني: الربط بين المسائل بواسطة قواعد المنطق:

وقد يهتدي المجتهد إلى الربط بين المسائل وأدلتها بواسطة قواعد المنطق و هو الغالب في عمل المجتهد لكون النوازل تكون على غير مثال سبق، فهي عبارة عن مستجدات لم يسبق لها نظير، و"لأن عملية إدراج النوازل تحت الأدلة إنما هي عمل منطقي وتدريب وصناعة"[4].وبناء عليه، فإن الإلمام بقواعد المنطق أمر ضروري بالنسبة للناظر في النوازل "كقواعد الكلي والجزئي والمفهوم والماصدق والقياس المنطقي"[5]وكذا الاستقراء.

فرع أ–القياس المنطقي Le raisonnement par analogie

---

[1].نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، ص 189-190.

[2].أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص: 62.

[3]. المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4].عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، ص 186.

[5].المرجع نفسه، نفس الصفحة، الهامش رقم 12.

المقصود به لغة "تقدير شيء على مثال شيء آخر واصطلاحا لفظ تركب من قضيتين فأكثر يلزم عنهما لذاتهما قول آخر"[1].

والقياس المنطقي هو"غير القياس المعروف عند علماء الأصول، ويقصد به القياس العقلي وقياس التقدير أي تحقق النتائج إذا وجدت المقدمات التي تؤدي إليها"[2].

وهو"استدلال بالكلي على الجزئي المفيد للقطع"[3]، و يعبر عنه أيضا بالقياس الأرسطي، الذي يكون موضوعه الاستدلال بالكلي على الجزئي.

يتركّب القياس المنطقي من مقدمة صغرى la mineure ومقدمة كبرى la majeure ثم النتيجة التي يتوصل إليها بإدراج الصغرى في الكبرى، والمقدمة الصغرى لابد أن تكون مندرجة وداخلة في الكبرى" أي لابد أن تكون الكبرى أعم من الصغرى وإلاّ لم يحصل اللّزوم، إذ يلزم من الحكم على الأعم على الحكم على الأخص لا العكس"[4].

و تجدر الإشارة إلى أن مقدمات القياس قطعية،"فلابد أن تنتهي إلى الضرورة بحيث لا يحتاج في فهم معناها إلى تأمل، لأنها لو كانت نظرية يتوقف العلم بها على غيرها وذلك الغير يحتاج للنظر فيتوقف على غيره الخ، للزام على ذلك الدور أو التسلسل"[5]، وهما مستحيلان.

وتنزيلا لما ذكر على الأحكام الفقهية والقضائية، يمكن القول أن المقدمة الكبرى هي الحكم الشرعي المجرد عن كل التشخصات الظرفية، وأما المقدمة الصغرى فهي النازلة المعروضة للنظر، ثم تستخلص النتيجة التي تمثل الحكم الواجب التطبيق على الحالة محل النظر بإدراج الصغرى في الكبرى "وذلك أن الأحكام الفقهية تكون قواعد كلية عامة ومطلقة قابلة للانطباق على عدة حالات، فإذا حصلت لنا حالة من الحالات وأردنا البحث فيها هل هي مقبولة شرعا أو ممنوعة، وهل النصوص تتناولها أم لا؟ نركب قياسا،كما فعل ابن القاسم[6]، فقد جاء في المدوّنة:

---

[1].إيضاح المسلم للدمنهوري، ص: 12.

[2].د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة، ص: 466.

[3].شرح العلامة الأخضري على سلمه في المنطق، ص 37.

[4].شرح العلامة الأخضري على سلمه في المنطق، ص 33.

[5].إيضاح المبهم للدمنهوري، ص 15.

[6].عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العُتقي المصري، أبو عبد الله، ولد سنة 132هـ، تلميذ مالك و أثبت من أخذ عنه،روى عنه الموطأ، أخذ عن الليث، وبن الماجشون، و غيرهم، و أخذ عنه أصبغ و سحنون و يحي بن دينار و يحي بن يحي الأندلسي و غيرهم، ثقة و

"قلت: أرأيت ما تطاير علي من البول قدر رؤوس الإبر هل تحفظ من مالك فيه شيئا؟ قال: أما هذا بعينه مثل رؤوس الإبر فلا، ولكن قول مالك يغسل قليل البول وكثيره من الثوب"[1].

فيكون تركيب قياس ابن القاسم كالتالي:

1. المقدمة الصغرى: مثل رؤوس الإبر من البول قليل.
2. المقدمة الكبرى: قليل البول نجس في قول مالك.
3. النتيجة: فمثل رؤوس الإبر من البول نجس في قول مالك[2].

والأمر نفسه يقال بالنسبة للأحكام القضائية "وحتى يصدر القاضي حكمه بشكل صحيح فإنه لابد أن نجري قياسا قضائيا"[3]، حيث تكون فيه المقدمة الكبرى "هي القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع، أما المقدمة الصغرى فهي الوقائع، أما النتيجة فهي استخلاص النتائج المناسبة من المقدمة الكبرى والصغرى"[4]، و نعني بها الحكم الواجب التطبيق على الحالة الواقعية.

" و قد دلت التجربة على أن الحل المنطقي ليس دائما أحسن الحلول...و مثال ذلك في نطاق الحوادث أن حرم العامل من كل تعويض باستخدام القياس المنطقي:

- لا مسؤولية بدون خطأ ⇦ مقدمة كبرى.
- صاحب العمل في حوادث العمل... لم يقم الدليل على خطئه ⇦ مقدمة صغرى.
- فإذن : لا مسؤولية على رب العمل ⇦ النتيجة"[5]، لذلك انتقد القياس المنطقي من طرف رواد فقه المصالح أمثال إهرنج و هيك، على أساس أنه يعرقل نمو القانون إذ أنه يقلل من فحص المصالح و

أعلمهم بعلم مالك، جمع بين الفقه و الورع و لزم شيخه مالك عشرين سنة، توفي رحمه الله سنة 191هـ . الديباج المذهب، ص: 239-241، شجرة النور الزكية 88/01، الفكر السامي 211/02.

[1]. المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون، ج1، ص122، ونظرية ما جرى به، بعمل ص 187، 188.

[2]. أ. العسري، نظرية ما جرى به العمل، ص 187.

[3]. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام، ص 459.

[4]. المرجع نفسه، ص 466.

[5]. قررت محكمة النقض الفرنسية ذلك بمناسبة أحداث خطيرة أصابت العمال بأضرار بالغة مثل انفجار المفرقعات و انهيار المناجم، طالعه في تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص:286.

يضعف إحساس القاضي بالمسؤولية مدعيا أن العيب يكمن في الأفكار القانونية لا التطبيق الذي يجريه.[1]

أما الفرق بين القياس المنطقي و القياس الأصولي فيتمثل فيما يلي:

أ.القياس الأصولي هو ثمرة الاجتهاد الذي حثت عليه الشريعة الإسلامية لاستنباط الأحكام، أمّا القياس المنطقي فقد كان وليد التفكير الاستنباطي الذي كان سائدا في عصر أرسطو.

ب. القياس الأصولي قائم على مقدمة واحدة و أربعة أركان، أمّا القياس المنطقي فقائم على نظرية البرهان و يستند إلى ثلاثة حدود: مقدمتين (كبرى و صغرى) و نتيجة.

ج.القياس الأصولي ينتقل فيه من جزئي إلى جزئي مثله، أمّا القياس المنطقي فينتقل فيه من الكلي إلى الجزئي.

و في الجملة نستطيع القول أن القياس الأصولي هو نوع من الاستقراء العلمي الدقيق القائم على العلية والاطراد، بمعنى أنه لا يكون إلا بعد الاستقراء، ولو لم يحصل الاستقراء، لم تقم العلية التي يشترط انضباطها ولزومها وظهورها، ولو لم تقم العلية لم يقم القياس رأسا، و ما السبر و التقسيم -le procédé par élimination- إلا استقراء للأوصاف المعتبرة و طرح للأوصاف الطردية وهو ظني الدلالة في الأعم الأغلب، خلافا للقياس المنطقي الذي تكون فيه النتائج حتما قطعية بالضرورة – من حيث الصورة –، والأصوليون إنما وضعوا القياس الأصولي ليجدوا حلا لبعض المسائل، حيث النصوص محدودة والوقائع غير محدودة، و لإيجاد حلول للوقائع المستجدة، بينما يعد القياس المنطقي، وليد التفكير الاستنباطي الذي كان سائدا في عصر أرسطو.

وبالرغم من الفرق بين القياسين في المقدمات والأركان ونوع النتائج، إلا أن هذا لم يمنع من استعمال القياس المنطقي كنوع من الاستدلال العقلي في القانون الوضعي، و كذا في الفقه الإسلامي إلى جانب القياس الأصولي خاصة في حالة النوازل المستجدة.

فرع ب–الاستقراء:

الاستقراء مسلك من المسالك العلمية لحصر القضايا وتتبع جزئياتها في مجالاتها المختلفة، وهو مصدر القواعد الكلية، و آلية ذات صبغة منطقية، و لما كان علم أصول الفقه علماً باحثاً في القواعد الكلية

[1]. د. السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 287، بتصرف يسير.

دون الفروع الجزئية كان الاستقراء وثيق الصلة به حتى قال عنه الشاطبي، أن " استقراء مواقع المعنى في الذهن أمر كلي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ"[1]، فجعل الأصل المعني العام المستفاد بالاستقراء كالصيغة اللفظية من حيث قوة الاحتجاج به لهذا العلم بقوله:"وأصولُ الفقه إنما معناها استقراءُ كلياتِ الأدلة"[2].

و قد عرف العرب و المسلمون هذا النوع من الاستدلال، فكان وسيلتهم لاستخراج قواعد اللغة العربية و علم العروض و قد أبدعوا في العلوم التجريبية مستعينين بهذا المنهج،كما أن الفقهاء أيضا قطعوا شوطا في ذلك، حيث وظفوه في أصول الفقه مستدلين به على استنباط القواعد الكلية، باعتبار أن موضوعه يتعلق بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه و آله و سلم؛حيث إن استقراء آيات القرآن ومعانيه ودلالاته، واستقراء أحوال رسول الله عليه السلام وأفعاله وأقواله، من أعظم مصادر كليات العلم الشرعي.

بل إن دعوة القرآن الكريم للاتعاظ والاعتبار هي دعوة للاستقراء،فقوله تعالى:﴿أَوَلَمْ يَرَوْا۟ كَيْفَ يُبْدِئُ ٱللَّهُ ٱلْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُۥٓ ۚ إِنَّ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٌ ﴿١٩﴾ قُلْ سِيرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ فَٱنظُرُوا۟ كَيْفَ بَدَأَ ٱلْخَلْقَ ۚ ثُمَّ ٱللَّهُ يُنشِئُ ٱلنَّشْأَةَ ٱلْءَاخِرَةَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ﴾[3]، فهذا يقتضي تتبع الجزئيات و الأفراد المبثوثة أمام العباد وملاحظة أحوالها وتحولاتها و دراستها لتكوين قواعد كلية.

أولا: تعريف الاستقراء.

التعريف اللغوي:

مصدر"مأخوذ من قولهم قرأت الشيء قرآنا أي صغته وضممت بعضه إلى بعض، و السين فيها للطلب، فلما كان المجتهد طالبا للأفراد جامعا لها لينظر هل هي متوافقة أم لا؟

عبّر عن ذلك بالاستقراء"[4].

---

[1].الشاطبي، الموافقات،57/04.

[2]. الشاطبي، الاعتصام، ضبط و تصحيح الأستاذ أحمد عبد الشافي، الجزائر: دار الشريفية، (د.ت)، ص:28/01.

[3]. الآيتان 19 و 20 من سورة العنكبوت.

[4]. الأسنوي، جمال الدين، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تحقيق ناصر الدين الألباني،بيروت: عالم الكتب، 1982، ص: 01/ 360.

التعريف الاصطلاحي:

عرفه الغزالي على أنه " تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"[1]، و سايره في ذلك الشاطبي بقوله:"تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام إما قطعي، و إما ظني."[2]يفيد القطع إذا كان استقراء تاما، و يفيد الظن إذا كان ناقصا، و لكن الشاطبي استدل به على قطعية قواعد الشريعة و مقاصدها، و لو كانت الجزئيات المستقرأة ظنية منفردة، إلا أنها بتظافرها حول معنى واحد تعطيه صفة القطعية، لذلك اعتبره رحمه الله من أقوى و أهم الطرق لمعرفة و إثبات مقاصد الشريعة، لأن تخلف بعض الجزئيات عن مقتضى القاعدة الكلية لا يؤثر في نتيجة الاستقراء.

كما عرفه الأسنوي[3] بقوله:"هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئيات على ثبوته للقاعدة الكلية"[4]، بتتبعها كلها أو بعضها للوصول إلى حكم عام يشملها جميعا، إذ لا يلزم من ذلك الاستقصاء التام، بل قد يكفي الباحث أن يدرس نماذج متنوعة يستنبط منها كليات عامة و يقيس ما لم يدرسه على ما درسه.

وعرّفه القرافي بقوله:"هو تتبع الحكم في جزئياته على وجه يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة"[5]. باعتبار أن أغلب أحكام الشريعة مبناها على غلبة الظن، و القطعيات نادرة، والنادر لا يعتدّ به.

ما يستنتج من هذه التعريفات، أن الاستقراء ينطلق من الجزئي ليصل إلى الكلي ومن الخاص إلى العام و من الأصغر إلى الأكبر لاندراج تلك الجزئيات تحت الحكم الكلي ولوجوده في أكثر جزئياته، فهو انتقال الفكر من الحكم على الجزئي إلى الحكم على الكلي الذي ينضوي الجزئي تحته، فالاستقراء ما هو إلا استنطاق للجزئيات عن طريق البحث والتجارب لمعرفة رابط كلي يربطها جميعا، وهو عكس القياس

---

[1].الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، ص: 68.

[2]. الموافقات، ص: 57/07.

[3].هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي الأموي، جمال الدين أبو محمد الأسنوي، الفقيه الأصولي النحوي، له المبهمات على الروضة و شرح الرافعي و شرح منهاج البيضاوي في الأصول، توفي رحمه الله في سنة:772هـ. الفكر السامي: 170/04.

[4]. الأسنوي، جمال الدين، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تحقيق ناصر الدين الألباني،عالم الكتب، ص:361/01-362.

[5].القرافي،شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، باعتناء مكتب البحوث و الدراسات بدار الفكر،2004، بيروت: لبنان، ص: 352 .

الذي ينطلق من الكلي إلى الجزئي، حيث يقتضي تعميم الحكم الكلي على محاله الجزئية متى توفرت علته فيها.

كما أن "تخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا. وأيضا فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي."[1]

وينقسم الاستقراء إلى تام وناقص، فالاستقراء التام هو تتبع جميع العيينات المتاحة، وأما الاستقراء الناقص فهو تتبع لبعض الجزئيات لاستحالة تصفح جميع الجزئيات أو لأي مانع آخر.

" و هذا كله من الأسلوب العقلي و ليس دليل من الأدلة"[2]، بمعنى أن الاستقراء ليس بدليل شرعي و إنما منهج عقلي للاستدلال على الأحكام.

ثانيا: كيف تتم عملية إلحاق الجزئي بالكلي عن طريق الاستقراء؟

حينما يثبت الحكم الكلي بواسطة منهج الاستقراء يثبت أيضا للجزئية المخصوصة المتنازع فيها، فتتبع أحكام الجزئيات -ولا يشترط جميعها-، فالاستقراء هو الذي أوصل إلى استخلاص الحكم الكلي الذي ينطبق على تلك الجزئية التي يراد معرفة حكمها "وبهذا الأسلوب يقع الربط باندراج الدليل تحت المطلوب لكون المطلوب أعم ويشترط في الاستقراء الناقص أن يكون بثبوت الحكم للبعض يحصل معه ظن عموم الحكم"[3].

و مثال ما يثبت بواسطة الاستقراء من الأحكام الفقهية، أقل سن الحيض و هو تسع سنين، و أن أقل مدّته يوم و ليلة و أن أكثر مدّته خمسة عشر يوما، و هذا الضرب من الاستقراء يثبت بالاعتماد على أهل الاختصاص و الخبرة كالأطباء والقابلات مثلا.

ناهيك عن الفروع الفقهية، فإن هذه القاعدة نافعة أيضا في استخراج المسائل الكلية والمقاصد الشرعية، وقد عمد الشاطبي في موافقاته إلى إثبات مقاصد الشريعة وكلياتها مسترشداً بدلالة الاستقراء."وبهذه الطريقة الاستقرائية تحدّث عن إثبات حفظ الضروريات الخمس: الدين، النفس، العقل، النسل و المال"[4]، فتبيّن أن الاستقراء مسلك لإثبات أحكام الجزئيات و الكليات على حدّ سواء، و هو دليل

---

[1].الشاطبي، الموافقات، ج2، ص 53.

[2]. المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3].أ. العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 188، 189.

[4]. د. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص:311.

يفيد القطع إذا كان تاما، لأن "الأدلة المعتبرة هنا المستقرأة من جهة أدلة ظنية تضافرت على معنى واحد، حتى أفادت القطع"[1].

و ذلك لأن الحكم المستخلص من مسلك الاستقراء " لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة منضاف بعضها إلى بعض، مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة، على حدّ ما ثبت عند العامة "جود حاتم" و"شجاعة علي رضي الله عنه"، و ما أشبه ذلك، فلم يعتمد الناس في إثبات قصد الشارع في هذه القواعد على دليل مخصوص، و لا وجه مخصوص، بل حصل لهم ذلك من الظواهر و العمومات، و المطلقات و المقيّدات، و الجزئيات الخاصة، في أعيان مختلفة، و وقائع مختلفة، في كل باب من أبواب الفقه، و كل نوع من أنواعه، حتى ألفوا أدلة الشريعة كلها دائرة على الحفظ على تلك القواعد، هذا مع ما ينضاف إلى ذلك من قرائن أحوال منقولة و غير منقولة"[2].

المطلب الثالث: الربط بين المسائل بطريق التخريج

ظهر التخريج في أواخر القرن الرابع الهجري، حيث انحصر نشاط الفقهاء في هذه الفترة في خدمة الفقه المذهبي عن طريق تعليل الأحكام التي قال بها الأئمة لتوظيفها في عملية التخريج، فهو تطبيق لتلك العلل المستنبطة من الأحكام التي قرّرها الأئمة المجتهدون على الأفعال الجزئية الحادثة دون حاجة إلى الرجوع إلى الكتاب والسنة. كما اعتنى الفقهاء في هذه الفترة بالترجيح بين الآراء في المذهب الواحد، وبدراسة علم الخلاف بين الفقهاء، وبوضع القواعد الكلية التي تندرج تحتها الأحكام الفقهية، كل هذا في إطار التعصب لأئمة المذاهب والدفاع عن آرائهم.

و ما يميّز هذه الفترة التي انتشر فيها التخريج هو أن اعتماد الفقهاء مبدأ التخريج جعل مصدرهم الأول في استنباط الأحكام نصوص إمام المذهب المتبع، يقيسون عليها ما يجدّ من حوادث، وكأن هذه النصوص هي الأصول، إذ أصبحت مصادر الأحكام، هي نصوص الفقهاء.

فرع أ: تعريف التخريج و بيان أقسامه:

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ج: 1، ص: 37/36.

[2]. المصدر نفسه، ج2، ص: 52.

1.تعريف التخريج: يُعرف التخريج لغة أنه "مصدر للفعل خرّج المضعف وهو يفيد التعدية بأن لا يكون الخروج ذاتيا بل من خارج عنه ومثله أخرج الشيء واستخرجه فإنهما بمعنى استطلب وطلب إليه أن يخرج."[1]

و اصطلاحا عرفه صاحب تهذيب الفروق بقوله:"التخريج في اصطلاح العلماء، تعرّف موضوع القاعدة من القاعدة المشتملة على تلك الأحكام بالقوة القريبة من الفعل."[2]

و مهما قيل في تعريفه، فإن الغالب لدى الفقهاء استعماله "بمعنى الاستنباط المقيد، أي بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد فيها نص عن طريق إلحاقها بما يشبهها من المسائل المروية عنه، أو بإدخالها تحت قاعدة من قواعده"[3].

2.أقسام التخريج: و قد لجأ الفقهاء إلى هذا المنهج ابتداء من القرن الرابع الهجري كما سبق ذكره، لما عمّ التقليد و عزّ وجود المجتهد المطلق، فاحتاج علماء كل مذهب إلى" تنظير المسائل في الإلحاق و تفريقها في الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذاهب إمامهم"[4]، ناهجين في ذلك طريقين لاستنباط أحكام النوازل:

الأول:استنباط أحكام النوازل من أدلة الشرع التفصيلية طبقا لقواعد الإمام و أصوله في الاستنباط وهو العلم الذي يطلق عليه تخريج الفروع على الأصول.

الثاني: إلحاقها بما يشابهها ممّا نص عليه الإمام و هو تخريج الفروع على الفروع.

❖ فالأول، هو"بيان للأصول التي استند إليها الأئمة في الاستنباط وبيان لكيفية ووجه الاستنباط منها، وجمع للفروع المختلفة وإن تباعدت أبوابها إن كانت تستند إلى أصل واحد."[5]

و هذا المعنى أكده الإمام الزنجاني[6] رحمه الله في كتابه القيّم " تخريج الفروع على الأصول" بقوله:

---

[1].لسان العرب، ج2، ص 249-254.

[2].تهذيب الفروق، ج2، ص 104.

[3].د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، التخريج عند الفقهاء و الأصوليين، ص: 12.

[4]. ابن خلدون، المقدمة، ص: 449.

[5]. التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص 50.

[6].أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار الزنجاني، ولد في سنة 573هـ، برع في المذهب الشافعي و الأصول و علم الخلاف، وليّ القضاء ثم عُزل، ثم رتّب مدرسا بالمدرسة النظامية ببغداد ثم بالمستنصرية، له ترويح الأرواح في تهذيب الصحاح، في اللغة و تخريج

"...ثم لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول، و أن من لا يفهم كيفية الاستنباط، و لا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع و أدلتها التي هي أصول الفقه، لا يتسع له المجال، ولا يمكنه التخريج عليها بحال، فإن المسائل الفرعية على اتساعها، و بُعد غاياتها، لها أصول معلومة، و أوضاع منظومة، و من لم يعرف أصولها لم يحط بها علما."[1]

❖ أما الثاني " فلما كانت أقوال الإمام على كثرتها لا تكفي لمواجهة كل ما جدّ بعد عصره من مسائل فقد عكف أتباعه الملتزمون لأصوله والمتقنون لقواعده على قياس المسألة التي لا نص لإمام فيها على المسألة المنصوص عليها بعد تحقيق المناط، فكان هذا الإلحاق هو المسمى بعد ذلك بتخريج الأقوال في المذهب"[2]، أي تخريج الفروع على الفروع، و هو العلم الذي يُعرف به رأي أئمة المذهب في المسائل الحادثة المستجدة من خلال تعدية حكمها على ما يشبهها من فروعهم الفقهية المقررة."[3]

ومقتضى هذا الإلحاق هو استنباط أحكام النوازل المعاصرة والوقائع الحادثة بالبناء على ما يشابهها أو يماثلها في العلة من الفروع المنصوصة للإمام في كتب المذهب المعتبرة.

" مما سيتيح للفقيه معرفة المستند و الأصل الذي اعتمده أئمة المذهب في حكمهم على هذا النظير و الشبيه لتلك النازلة، و من ثمّ تعدية الحكم بأحد أنواع القياس المعتبرة."[4]

وعموما، فإن التخريج بنوعيه يلجأ إليه المجتهد المذهب لاستنباط أحكام النوازل المعاصرة طبقا لأصول وقواعد أئمة المذهب نظرا لانعدام أهلية الاجتهاد المطلق الذي يعتمد على الاستنباط من أدلة ونصوص الشرع مباشرة كما يعمد المجتهد إلى النظر في الفروع الفقهية لإمامه لعله يجد للمسألة محل النظر شبيه يلحقها به لمعرفة حكمها الشرعي.

مما يوضح أن التخريج يتضمن معنى القياس لما يستلزمه من إلحاق لمسألة فرعية إلى أخرى كوجود شبيه بينهما لاتفاقهما في العلة مع انتفاء الفارق بينهما.

الفروع على الأصول في علم الخلاف، فقدت معظم كتبه إبّان غزو التتار لبغداد، استشهد في سنة 656هـ، بسيف التتار. سير أعلام النبلاء، ص: 345/23.

[1]. الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق:د.محمد أديب صالح، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1999/01م، ص: 44.

[2]. الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 48.

[3]. منهج استنباط أحكام النوازل المعاصرة، ص: 492.

[4]. المرجع نفسه، ص: 493.

فرع ب– القياس أهم مسلك لتخريج الفروع على الفروع.

يقوم عمل المجتهد بتخريج الوجوه على نصوص إمامه على إحدى الطرق الآتية:

أولا: أن يقيس ما سكت عنه الإمام على ما نص عليه لوجود معنى ما نص عليه فيما سكت عنه سواء نص إمامه على ذلك أو استنبطه هو من كلامه.

ثانيا: النقل والتخريج.

ثالثا: لازم مذهب الإمام.

"و أهم هذه الطرق في التخريج: طريق القياس، أما النقل و التخريج و لازم مذهب الإمام فإنها متفرعة عن طريق القياس و راجعة إليه بالإضافة إلى قلة الاعتماد عليها في التخريج"[1]، مما يرجح الطريق الأول وهو التخريج بطريق القياس، لكونه الأكثر إتباعا، وهنا يواجهنا فرضان:

الأول: إذا نص الإمام على علة الحكم، و الثاني: إذا سكت عن بيان علة الحكم.

أولا – إذا نص الإمام على علة الحكم (القياس منصوص العلة).

يكون في حالة ما إذا نص الإمام صراحة على علة الحكم أو أومأ إليها أو نبه عليها "فكل وصف توجد فيه تلك العلة فحكمه حكم ما نص عليه، فلأصحابه العارفين بمذهبه أن يحكموا عليها أنها كمذهبه نظرا للعلة الجامعة التي بيّنها المجتهد، فالمجتهد المقيد يلحق ما سكت عنه إمامه بما نص عليه للعلة الجامعة، كما يفعله المجتهد المطلق بالنسبة إلى نصوص الشرع"[2].

و هنا احتمال ظهور الفرق بين مسألة منصوص على علتها و مسألة غبر مصرّح عن علتها غير وارد لأن الإمام نصّ صراحة على العلة و قطع بوجودها و " لأن ما نص على علته يجري مجرى النص على الحكم".[3]

و مثاله، أن بعض المالكية أوجبوا الزكاة في التين، و" معلوم أن علة الزكاة في الثمار عنده –أي الإمام مالك– إنما هي الاقتيات و الادخار فلما كان الاقتيات و الادخار موجودا في التين جعل بعض أصحابه الزكاة فيه كالزبيب بمقتضى علته المذكورة"[4]، قال مالك رضي الله عنه:" السنة التي لا اختلاف فيها

---

1. منهج استنباط النوازل الفقهية المعاصرة، ص: 503.
2. مذكرة أصول الفقه، ص 313.
3. الباحسين، التخريج عند الفقهاء و الأصوليين، ص: 261.
4. الشنقيطي، المذكرة، ص: 313.

عندنا، و الذي سمعت من أهل العلم، أنه في شيء من الفواكه، كلها صدقة: الرمان و الفرسك و ما أشبه ذلك و ما لم يشبهه إذا كان من الفواكه."[1]و علل ابن عبد البر[2] ذلك قائلا:"أظن مالكا لم يعلم بأن التين ييبس و يُدخر و يُقتات و لو علم ذلك ما أدخله في هذا الباب لأنه أشبه بالتمر و الزبيب منه بالرمان"[3]، و لأن التين لم يكن من جملة فواكه شبه جزيرة العرب و لا ينمو بأرضهم لذلك لم يعرفوه، و كله نظر في الواقع و تحقيق لمناط هذا النوع من المنتجات.

و تأسيسا على ذلك فإنه " إذا لم يوجد لمالك قول في المسألة، و لكن يُعرف له قول في نظيرها، فقوله في تلك المسألة هو قوله المخرج في نظيرها أي الذي خرجه أصحابه إلحاقا لها...و الأصل عدم الفارق،كأن يقال: ثبتت الشفعة في الشقص من الدار، فيُقال: قوله في الحانوت كذلك."[4]

ثانيا– إذا سكت الإمام عن بيان علة الحكم (القياس مستنبط العلة).

و هي حالة سكوت الإمام عن التصريح بعلة الحكم، فيضطر مجتهد المذهب إلى استنباطها بواسطة مسالك العلة المعروفة، إلا أنه في هذا الفرض لا يمكن الجزم بانتفاء الفارق لأن طرق استنباط العلة من دوران وسبر وتقسيم ومناسبة وشبه وطرد وغيرها لا توصل إلى العلة بيقين وبصفة قطعية فضلا عن أنها ليست محل اتفاق بين الأصوليين، لذلك يتعيّن "على مجتهد المذهب أن يمعن النظر في القواعد الإجمالية و المذهبية، هل فيهما ما يُوجب انقداح الفرق بين الصورة المخرّجة و الأصل المخرّج عليه أم لا؟ فمتى توهم الفرق و أنّ ثمّ معنى في الأصل مفقود في الصورة المخرجة، أمكن أن يلاحظه إمامه المقرّر لتلك القاعدة في مذهبه، امتنع التخريج، فإن القياس مع الفارق باطل، لأن نسبة المفتي إلى قواعد مذهبه كنسبة المجتهد إلى قواعد الشريعة، فكما يمتنع على المجتهد القياس على قواعد الشرع مع الفارق،كذلك يمتنع قياس المفتي مع قيام الفارق"[5].

---

[1]. الموطأ،ج 1، ص: 276.

[2]. يوسف بن عمر بن عبد البر بن عبد الله محمد ابن عبد البر النمري، ولد سنة 368هـ،العلامة الحافظ شيخ علماء الأندلس، من أهل قرطبة أخذ عن ابن المكوي و ابن الفرضي، و أخذ عنه جمع غفير من العلماء، تولى القضاء، له التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، و الإستعاب و الكافي و الاستذكار و جامع بيان العلم و فضله و غيرهم، توفي رحمه الله سنة 463هـ.سير أعلام النبلاء: 18/ 153.

[3]. الجامع لأحكام القرآن، ج7، ص : 103.

[4]. الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص:49.

[5]. القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ط2، 1995، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ص: 243.

لذلك، فإنه لا يجوز نسبة القول المخرج بالقياس مستنبط العلة إلى الإمام ذلك لأنه "إن لم يتبين العلة لم يجعل ذلك الحكم مذهبا له في مسألة أخرى وإن أشبهتها شبها يجوز خفاء مثله على بعض المجتهدين إذ لا يدري لو خطرت بباله صار فيها إلى ذلك الحكم بل قد يظهر له فرق بينهما مع المشابهة."[1]

[1].الشنقيطي، المذكرة في علم الأصول، ص 313.

الفصل الثاني: التحقيق في تحصيل المصالح واعتبار التغيرات و مراعاة المآلات

المبحث الأول: التحقيق في تحصيل المصالح.

المطلب الأول : التحقق من حصول المصلحة.

فرع ا : حصول المصلحة في الأنواع الجزئية.

فرع ب: حصول المصلحة في الأعيان المشخصة.

فرع ج: التطبيق المصلحي في القانون.

المطلب الثاني: ضرورة التفرقة بين المصلحة و وسيلتها.

فرع ا: تعريف الوسيلة.

فرع ب: المصالح أولى بالاعتبار من الوسائل.

فرع ج : حالات اعتبار الوسائل.

المطلب الثالث: اعتماد منهج الموازنة.

فرع ا: الموازنة بين المصالح و المفاسد.

1.عدم تمحّض المصالح و المفاسد الدنيوية.

2.اعتبارات الموازنة

فرع ب: الموازنة بين قصد المكلف و مقصد التكليف.

1. الباعث غير المشروع بين الفقه الإسلامي و القانون.

2. قاعدة إبطال الحيل في الفقه الإسلامي.

3. موقف القانون من قاعدة إبطال الحيل.

المبحث الثاني: اعتبار التغيرات.

المطلب الأول:مفهوم تغير الأحكام الفقه الإسلامي و القانون.

فرع ا: مفهوم تغير الأحكام في الفقه الإسلامى.

الفصل الثاني: التحقيق في المقاصد و اعتبار التغيّرات و المآلات.

إن شرط اكتمال عملية تنزيل الأحكام على الواقع أن يُصيب الحكم مقصده، بتحقق المصلحة المتوخية منه لكونه الهدف الأساس من الاجتهاد التطبيقي، و"لتعلق اجتناء ثمرات التشريع واقعا وعملا به."[1]

و هو ما يُعبر عنه بالتطبيق ألمصلحي المتبصر الذي لا يكتفي فيه المجتهد بالإيقاع الآلي للحكم، بل يُعمل نظره و يميّز و يوازن و يستثني الحالات التي لا تتحقق فيها المصالح، و لا يجمد على ما انتهت إليه عملية تحقيق المناط أو التكييف القانوني-على أهميتهما باعتبارهما أولى عمليات الاجتهاد التنزيلي- فقد يتوصل من خلال هاتين العمليتين إلى إدراج الحالة الواقعية تحت أصلها الكلي، إلا أنه قد يظهر له بعد تأمل و نظر، أن الحكم لم يحقق مقصده بمجرد تنزيله آليا على آحاد الوقائع الجزئية.

فلابد له من إجراء هذا التنزيل وفق منهج قائم على التحقق من حصول المصلحة عند التطبيق من عدمه " و هو ما يقتضي تكييفا معينا لتنزيل النصوص، و تكييفا للحالات التي تنطبق عليها النصوص و التي لا تنطبق، و الحالات التي يتعيّن استثناؤها بصفة دائمة أو بصفة عارضة"[2].

و يقترب القانون الوضعي من منهج الفقه الإسلامي باعتبار، " أن إدراج الحالة الواقعية تحت الحالة النموذجية يجب ألا تكون منطقية استنتاجيه، بل يتعين أن تكون غائية تقييميه، و بمعنى آخر تُقيّم وضع المصالح و تُراعي الغاية من التشريع"[3].

يقوم منهج التطبيق المصلحي المتبصّر للنصوص على المبادئ التالية:

الأول:نظر فيما هو واقع، و ما إذا كان المقصد يتحقق عند إجراء الحكم على آحاد الصور، و هو موضوع المبحث الأول « التحقيق في تحصيل المصالح ».

الثاني:التأكد في حال حصول المقصد أن المصلحة فيه حقيقية ولم يعترها أي تغير من شأنه التأثير عليها بالتبديل أو الإلغاء، وهو محور المبحث الثاني « مراعاة التغيرات ».

الثالث: النظر فيما هو متوقع، أي فيما يؤول إليه التطبيق مستقبلا، و هو ما يتطرق إليه المبحث الثالث « اعتبار المآلات ».

---

[1]. مجلة الاجتهاد، د. م.فتحي الدريني، العدد8، السنة2، ص:204.

[2].د. أحمد الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص:55.

[3]. د. م. صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 291.

المبحث الأول: التحقيق في تحصيل المصالح.

ينبني النظر في هذه المرحلة على التحقق من مدى حصول المقصد من الحكم عند تنزيله على آحاد الوقائع، و ذلك استكمالا للمرتبة السابقة المتعلقة بتحقيق المناط.

و يتمثل عمل المجتهد على مستوى هذه المرتبة على الخطوات التالية:

- التأكد من حصول المصلحة في أفعال المكلفين.
- التمييز بين المصالح و الوسائل عند التنزيل.
- اعتماد منهج الموازنة.

المطلب الأول: التحقيق من حصول المصلحة.

إن عملية تحقيق المناط لا تؤهل الحكم الشرعي للانطباق على الواقع آليا بمجرد التحقق من مناطه، بل لابد أن يصاحب ذلك خطوة منهجية أخرى نحو التطبيق تتمثل في التحقيق في تحصيل المصالح في أنواع و أعيان الأفعال.

فرع ا : التحقق من حصول المصلحة في الأنواع الجزئية .

تعدّ هذه المرتبة أول خطوة يقوم بها المجتهد عند تحققه من حصول مقصد الحكم المتمثل في المصلحة عند إجرائه على الواقع على مستوى أنواع أفعال المكلفين، علما أن ما من حكم إلا و قد قُرر لرعاية مصلحة أو درء مفسدة، هذا ما انتهت إليه استقراءات العلماء، كما قال الشاطبي:" و إذا دل الاستقراء على هذا وكان في مثل هذه القضية مفيدا للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة"[1]، مما يدل على أن الشارع يتشوف إلى تحقيق مقصد عام يتمثل في سعادة البشر في الدارين، فكل ما طلبه يحقق مصلحة في العاجل و الآجل، و كل ما نهى عنه يدرأ المفاسد و الشرور عنهم في الدارين أيضا.

أما الواجب الملقى على عاتق المجتهد فيتمثل في استكشافها عند استنباط الأحكام و الاحتكام إليها عند تنزيلها في الواقع، و من هنا تبرز فعالية المقاصد في كونها باب تطبيقي قبل أن يكون مجرد نظريات.

"و عليه، فإن النظر المحتم الآن على أهل الاجتهاد أن يبحثوا عن المسائل و الطرق الواقعة للكشف عن مدى تحقيق المقاصد الشرعية عند تنزيل الحكم، بحثا تنظيريا يعصم من الزلل الذي يقع فيه كثير ممن أخطئوا المقصد في تنزيلهم الأحكام، فجلبوا المضار والمفاسد على الأمة"[2].

---

[1]. الموافقات ج2، ص:13

[2]. د. جحيش، بشير بن مولود، في الاجتهاد التنزيلي، ص: 92.

إن الخطة المنهجية التي تعين المجتهد على تبيّن وجه المصلحة من تشريع الحكم عند تنزيله على آحاد الوقائع تعتمد على ما يلي:

1.دراسة الواقع دراسة تحليلية، تأخذ بعين الاعتبار ملابساته وحيثياته المختلفة مع مراعاة الأبعاد النفسية، الاجتماعية، السياسية، الاقتصادية الدينية...، وكل عامل له تأثير على الحكم عند تطبيقه، مما يتطلب استنفار الجهود و حشد الطاقات المتخصصة في مختلف الميادين لاستيعاب هذا الواقع بشكل صحيح حتى يتجنب المجتهد الوقوع في الزلل جرّاء عدم إجادته قراءة الواقع قراءة صحيحة.

2.مضاهاة و مقارنة المصلحة المتوصّل إليها نظريا من خلال مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة مع جزئيات ذلك الواقع المدروس، فإذا ترجّح حصولها في تلك الجزئية أجرى الحكم عليها، و إذا لم تترجّح صرف الحكم عن دائرة التطبيق، ليبحث عن حكم آخر أنسب للواقعة.

3.يتعيّن على المجتهد بعد تبيّنه لمقصد الحكم المنطوي على المصلحة المتوخى من تشريعه " أن ينظر في ذلك المقصد من حيث ما يؤول إليه من تحقق أو عدمه حينما يُجري الحكم في الواقع على أفعال المكلفين"[1]باعتباره حكما عاما ينطبق على كافة أنواعه المنضوية تحته، ومن المفترض أن المصلحة التي عُلمت من الحكم أن تشمل أنواعه على الأغلب، لأن الحكم جنس ينطوي على أنواع كثيرة و لا ندري إن كانت المصلحة تعمّ كل هذه الأنواع بدون استثناء أم قد تتخلّف في البعض منها؟

يرى العلامة الشاطبي رحمه الله في هذه المسألة أن المصلحة قد تتخلّف على مستوى بعض أنواع الحكم مما يستدعي استبعاده عن دائرة التطبيق، و هذا مستفاد من قوله:"جاء الشارع باعتبار المصلحة و النّصفة المطلقة في كل حين، و بيّن من المصالح ما يطّرد، و ما يعارضه وجه آخر من المصلحة، كما في استثناء العرايا و نحوه ، فلو أعرض عن الجزئيات بإطلاق لدخلت مفاسد، لفاتت مصالح، وهو مناقض لمقصود الشارع، فالحاصل أنه لابد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها، و بالعكس"[2].

بمعنى أن المصلحة قد تتحقق في الكلّي و تتخلّف في جزئي من جزئياته، لأمر خارجي أو مانع ما، و بالتالي لا يجري عليه حكم كليّه، و مما يُفهم من كلام الشاطبي أن هذا التخلف يرجع إلى عاملين اثنين:

الأول:إذا كان الحكم غير قابل للحكمة أصلا، فهنا لا يُجرى الحكم لاستحالة إيقاعه و لأنه لا يُفضي إلى مقصده.

---

[1].فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص: 279.

[2]. الشاطبي، الموافقات، ج3، ص: 9-10.

الثاني: إذا كان هذا التخلف راجع إلى مانع خارجي أي سبب خارج عن ذات الجزئي، مع قبول المحل، فهنا تساءل الشاطبي عن إمكانية إجراء الحكم في هذه الحالة أو عدم إجرائه، قائلا:"و أما إذا كان امتناع وقوع حكم الأسباب لأمر خارجي، مع قبول المحل من حيث نفسه، فهل يؤثر ذلك الأمر الخارجي في شرعية السبب، أم يجرى على أصل مشروعيته؟ هذا محتمل و الخلاف فيه سائغ"[1].

يجيب الدكتور النجار، عن هذا التساؤل، قائلا:" و بالنظر إلى الأدلة التي أوردها في جانب إسقاط الحكم عند تخلّف الحكمة في الجزئي يمكن أن نعتبر موقفه الحقيقي-حاكيا عن الشاطبي-هو القول بعدم إيقاع الأحكام العامة على ما تتخلّف فيه حكمتها من جزئياتها"[2].

فرع ب: التحقق من حصول المصلحة في الأعيان المشخصة.

إذا تبيّن للمجتهد أن المصلحة تحققت فعليا في أحد أنواع الكلي، فإنه لا يتعجّل في إيقاع الحكم، حتى يتبيّن له من أن الأفراد العينية المنضوية تحت ذلك النوع قد تحققت فيها المصلحة "ذلك لأن الفرد المعيّن من النوع قد تلابسه أوضاع وأحوال خارجية تمنع من حصول المقصد فيه عند إيقاعه، و هو ما يكون داعيا لأن يصرف عنه الحكم الشرعي المتجه إلى نوعه"[3].

المقصود بالأعيان المشخصة تلك الحالات العينية المشخصة زمانا و مكانا و بحسب أحوال المكلفين المندرجة تحت كل نوع من أنواع الحكم الكلي الذي يعتبر جنس يشتمل على كل تلك الأفراد.

فرع ج: التطبيق المصلحي في القانون:

للقانون أيضا أهداف يسعى لتحقيقها و غايات يتشوف لتكريسها في الواقع، حيث تهدف القاعدة القانونية إلى ضمان النظام داخل المجتمع و استقراره، بإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة لأفراده و تحقيق العدالة بينهم.

و بيان ذلك أن الإرادة التشريعية و هي تضع القاعدة القانونية تهدف إلى حماية مصلحة معينة لاحت للمشرع الوضعي أنها جديرة بالحماية، و مثاله، إذا أرادت السلطة التشريعية تنظيم قواعد الملكية، فإنها تبدأ أولا بتقييم المصالح في الجماعة، ثم تضع القواعد القانونية التي من شأنها حماية المصالح التي تراها أولى بالرعاية، و تجمع كل مجموعة من القواعد المترابطة في فكرة فمثلا إذا كانت مصلحة المالك في ضوء

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ج 3، ص: 12-13.

[2] .النجار، عبد المجيد، فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص: 289.

[3]. فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص: 282.

المصلحة العامة محلا للحماية، اقتضت هذه المصلحة توفير عدة مكنات للمالك للاستمتاع بملكه، فتضع القواعد الكفيلة بذلك و تقرر للمالك حق الانتفاع و الاستعمال و التصرف...إلى غير ذلك[1].

1. طبيعة المصلحة الجديرة بالحماية:

وهكذا تبدو القاعدة القانونية أنها وسيلة أو آلية توفيقية تعتمد منهج الموازنة بين المصالح المتعارضة، فانطلاقا من المثال المذكور أعلاه، فإن المشرع الوضعي قد لاحظ مصلحة في المجتمع تستحق الحماية القانونية، فتدخل لحمايتها بتشريع القاعدة القانونية، حيث تصبح بعد أن يُصادق عليها من قبل البرلمان حقا من الحقوق المشروعة و المعترف بها، يعاقب القانون على المساس بها، فتبيّن أن الحقوق تكون في بادئ الأمر مجرد مصالح في المجتمع، ثم تتحوّل إلى حقوق واجبة الاحترام بعد أن تتدخل الإرادة التشريعية لحمايتها وسن قوانين تعترف بها،"وعلى ذلك فإن القواعد القانونية تستمد مضمونها من المصالح الغالبة في المجتمع، فمصالح العباد هي المصدر الفعلي للقاعدة القانونية أو المصدر المادي، الذي تستمد منه القواعد القانونية مضمنها، فإذا وردت قاعدة في نص تشريعي كان هذا التشريع هو المصدر الرسمي لهذه القاعدة، بينما المصلحة التي أراد المشرع تغليبها هي المصدر الفعلي لها."[2]

والمصلحة الغالبة التي أولاها المشرع الرعاية القانونية، هي المصلحة التي يكون لها ثقل أكبر و حضور أوسع في المجتمع، بغض النظر إن كانت تمثل مثلا عليا أو مبادئ أخلاقية أو كانت مجرد مصالح نفعية براغماتية لطبقة معينة من طبقات المجتمع، وفق ما تمليه توجيهات الفكرة الإديولوجية السائدة في المجتمع، خلافا للفقه الإسلامي الذي ينظر إلى المصلحة الراجحة بحسب تعلق خطاب الشارع بها لفظا أو معنى عاما، و إن كانت مصلحة فئة ضعيفة في المجتمع.

2. كيفية استنباط المصلحة القانونية: يواجه رجل القانون فرضان لاستنباط المصلحة:

الأول : توجد نصوص تظهر فيها المصلحة بوضوح من عبارة النص التشريعي و ألفاظه، و بالتالي يسهل التعرف على الإرادة التشريعية أو الحكمة من النص.

الثاني: قد تسكت الإرادة التشريعية عن بيان المصلحة، كأن تنص على حكم و لا تبين المصلحة المراد تحقيقها، فهنا يلجأ القاضي أو المفسر عموما إلى البحث عن الإرادة التشريعية و ذلك باستعمال وسائل التفسير الداخلية كدلالات الألفاظ و استخلاص المعنى من روح النص أو فحواه، كإشارة النص أو

[1]. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ص: 278، بتصرف.

[2]. تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 276.

دلالاته أو إعمال أدوات أخرى كالاستنتاج بالقياس، و لتوضيح نية المشرع و استخلاص المعنى الصحيح للنص، له أيضا إعمال وسائل التفسير الخارجية، كالاستعانة بالأعمال التحضيرية "وهي عبارة عن الوثائق و المذكرات التي تصاحب النص التشريعي عند إصداره أو عند تقديمه كمشروع أو اقتراح إلى المجلس التشريعي و كذا المناقشات التي تدور حول النص و كثيرا ما تفيد الأعمال التحضيرية في الكشف عن نية المشرع التي ضمنها نصوص القانون."[1]

بالإضافة إلى الرجوع إلى المصدر التاريخي للنص" فقد يكون النص مأخوذا من الشريعة الإسلامية أو أحد المذاهب الفقهية فيرجع إلى هذا المصدر لمعرفة قصد المشرع."[2]

إن كون القاعدة القانونية وليدة المصالح في المجتمع يستلزم من رجل القانون الرجوع إلى السبب المنشئ لتلك القواعد و إلى صراع المصالح الذي أفرزها مستعين كما ذكرت بالبحث التاريخي للكشف عن قصد التشريع.

المطلب الثاني: ضرورة التفرقة بين المصلحة و وسيلتها.

هذا ضابط في غاية الأهمية في تبيّن وجه المصلحة عند تنزيل الحكم، لكونه زلّة أقدام الكثيرين و"حتى لا يقع عند الموازنة و الترجيح بين المصالح خلل يُفضي إلى الإخلال بالمقصد الشرعي"[3]، كأن ينيط الناظر في النوازل الحكم بوسيلة مقصده بدلا من المصلحة التي تعتبر المناط الحقيقي للحكم، و مقصود الشارع من تطبيق الحكم.

" و لابد للمفتي و القاضي من اعتبار الأحكام التي تتعلق بالوسائل، و الأحكام التي تتعلق بالمقاصد، فلابد من التفريق عند الفتوى أو الحكم في الخصومة من اعتبار الوسائل و المقاصد حيث إن لاعتباراتهما تأثيرا في الحكم فإذا التزم المفتي و القاضي هذه القاعدة أفادتهما كثيرا في التوصل إلى الحق الذي ينبغي بذل الجهد من أجل إصابته"[4].

---

[1]. د. محمد حسن قاسم، مدخل إلى القانون و الالتزامات، بيروت: الدار الجامعية، 1998، ص: 134.

[2]. الرجع السابق، ص:137.

[3]. في الاجتهاد التنزيلي، ص: 94.

[4]. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر و التوزيع،1417هـ، الرياض، السعودية، ص: 67.

إن إجراء التمييز بين الوسائل و مقاصدها ينمّ عن مدى واقعية الفقه الإسلامي و يدلّ أيضا عن أنه ليس فقط تعقّلا لأدلة الشريعة تفهما و استنباطا، بل يشمل حرصا دءوبا على تطبيقها و تبصّرا واعيا بمآلات تنفيذها.

كما أن التعبير بالوسائل و المقاصد، للدلالة على هذا الفقه التطبيقي التي ترشد إليه المقاصد الشرعية، هو تعبير أصيل مستمدّ من القدماء، حيث شاع عنهم مثلا مصطلح علوم الغايات و علوم الوسائل أو الآلة.

فرع ا: تعريف الوسيلة.

1.التعريف اللغوي: تُعرف الوسيلة لغة، "الدرجة، والوسيلة القربة، و وسّل فلان إلى الله وسيلة، إذا عمل عملا تقرّب به إليه، و الواسل: الرّاغب إلى الله، وتّوسل إليه بوسيلة إذا تقرّب إليه بعمل.

و توسّل إليه بكذا تقرّب إليه بحرمة آصرة تُعطفه إليه. والوسيلة: الوصلة و القربى، و جمعها وسائل، قال الله تعالى: ﴿ أُوْلَـٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ يَبۡتَغُونَ إِلَىٰ رَبِّهِمُ ٱلۡوَسِيلَةَ أَيُّهُمۡ أَقۡرَبُ وَيَرۡجُونَ رَحۡمَتَهُۥ وَيَخَافُونَ عَذَابَهُۥٓۚ إِنَّ عَذَابَ رَبِّكَ كَانَ مَحۡذُورًا﴾[1]، قال الجوهري:الوسيلة ما يُتقرّب به إلى الغير والجمع الوُسُلُ و الوسائل و التوسيل و التوسّل واحد."[2]

2.التعريف الاصطلاحي:

أما اصطلاحا تُعرّف الوسيلة بإطلاقين: الأول عام و الآخر خاص، فبالإطلاق العام عرّفها القرافي على أنها:" الطّرق المفضية إلى المصالح و المفاسد"[3]، وهو نفس المعنى اللغوي، و هي بذلك تشمل كل ما يُوصل إلى المصالح كالأسباب و الشروط و الحقوق، والنيّات، كما تتضمّن كل ما يُوصل إلى المفاسد من ذرائع محرّمة أو مكروهة، و حيل غير مشروعة، أما بالمعنى الخاص، فقد عرفها الطاهر بن عاشور رحمه الله على أنها:" الأحكام التي شرعت لأن بها تحصيل أحكام أخرى، فهي غير مقصودة لذاتها بل لتحصيل غيرها على الوجه المطلوب الأكمل، إذ بدونها قد لا يحصل المقصود، أو يحصل معرّضا للاختلال و الانحلال"[4].

---

[1]. الآية 57 من سورة الإسراء.

[2]. ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص: 724_ 725.

[3]. القرافي، شهاب الدين، الفروق، تصحيح خليل المنصور، بيروت: عالم الكتب، ط1998/01، ص: 61/02.

[4].بن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة،ص: 148.

وكما يبدو من التعريف أنه قصر الوسيلة على ما يُوصل إلى المصلحة فقط، و أدخل فيها "كل ما يتوقف عليه تحقيق المصالح الشرعية، من لوازم و شروط و أسباب و انتفاء موانع و يدخل فيها أيضا ما يُفيد معنى كصيغ العقود و ألفاظ الواقفين في كونها وسائل إلى تعرّف مقاصدهم فيما
عقدوه أو اشترطوه"[1].

و الأصل عند الأصوليين أن الوسائل هي الذرائع نفسها سواء كانت مفضية إلى مصلحة أو مفسدة، أمّا السدّ و الفتح فهو عمل المجتهد بحسب ما أدّى إليه تقديره للنتيجة التي تُفضي إليها الوسيلة.

فرع ب: المصالح أولى بالاعتبار من الوسائل.

لتفادي الخلط بين المقاصد المفضية للمصالح و الوسائل الخادمة لها، قسّم الأصوليون الأحكام بحسب قربها من المقصد إلى أحكام مقاصد و أحكام وسائل.

لأن الوسائل أنزل رتبة من المقاصد ، و هي غير مقصودة لذاتها بل لما تفضي إليه، فالمقاصد"هي الأعمال و التصرّفات المقصودة لذاتها و التي تسعى النفوس إلى تحصيلها بمساع شتى أو تحمل على السعي إليها امتثالا"[2]، أما الوسائل فهي " التي شرّعت لأن بها تحصيل أحكام أخرى، فهي غير مقصودة لذاتها، بل لتحصيل غيرها على الوجه المطلوب الأكمل، إذ بدونها قد لا يحصل المقصود أو يحصل معرّضا للاختلال و الانحلال"[3]. و اعتمادا على هذا النظر أخذت حكمها، و قرّر الأصوليون قاعدة:« للوسائل أحكام المقاصد »[4]،" فوسيلة المقصود تابعة للمقصود و كلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، و هي- أي الوسائل- مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرّم الرّب تعالى شيئا و له طرق و وسائل تفضي إليه فإنه يحرّمها و يمنع منها تحقيقا لتحريمه و تثبيتا له، و منعا أن يّقرب حماه"[5].

و مثاله، عقد الإشهاد في عقد النكاح و شهرته، فهما غير مقصودين لذاتهما، و إنما شرّعا لأنهما وسيلة لإبعاد صورة النكاح عن شوائب السفاح و المخاذنة، و بهذا يتبيّن أنهما وسيلة لحفظ هذا المقصد الضروري و هو حفظ النسل من جهة الوجود، و بالتالي يأخذان حكمه.[6]

---

[1]. المرجع نسه، نفس الصفحة.

[2].بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص: 147.

[3]. نفس المرجع، ص: 148.

[4]. الفروق، ص : 61/02.

[5]. إعلام الموقعين، ج3، ص : 108- 109.

[6]. بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص: 148، بتصرّف.

و مما يعين المجتهد في تبيّن وجه المصلحة من الوسيلة عند إجراء الموازنة أو الترجيح في حالة تزاحم المصالح و الوسائل، النظر فيما يأتي:

❖ يقدم حكم المصلحة على حكم الوسيلة، باعتبار أن الوسائل غير مطلوبة لذاتها بل لتحصيل غيرها من المقاصد، فهي مكملة و خادمة لها ليس إلاّ، و ذلك من حيث أنها توصل إلى تحصيلها، لذا كانت أخفض منها درجة، حيث يُقدم ما كان مقصودا بالقصد الأول و هو قصد الغايات، و لا يُلتفت إلى ما كان مقصودا بالقصد الثاني أي قصد الوسائل.

إن الأحكام التي تعتري الوسائل لم تُعط لها باعتبارها مقصودة لذاتها و إنما بوصفها وسائل و أسباب، و من هنا يقصر البعض عن إدراك السر و الحكمة من ذلك، لأنهم ينظرون إليها في ذاتها فلا يجدون فيها من المفسدة ما يقتضي التحريم و لا الكراهة، كما لا يجدون في الأخرى من المصلحة ما يقتضي الإيجاب و لا الندب، فيستشكل عليهم الأمر، و لكن بالبحث و إنعام النظر إلى ما تُفضي إليه – في القريب أو في البعيد– يمكن إدراك لماذا كان حكمها كذلك، فالشارع الحكيم لم يحرّم شيئا إلا لمفسدة فيه أو لمفسدة يُفضي إليها، كما أنه لم يُوجب شيئا إلا لمصلحة فيه أو لمصلحة يُفضي إليها، و من هنا يكون حكم الوسائل بنظرين: الأول: بالنظر إلى المقصد طبقا لقاعدة « للوسائل أحكام المقاصد »، و الثاني: باعتبار الأيلولة، أي ما تُفضي إليه و يكون الحكم بحسب تقدير المجتهد لنتيجة الموازنة أو الترجيح.

❖ كما أن الوسائل باعتبارها أخفض درجة و أنزل من المقاصد، فإنه يُغتفر فيها ما لا يُغتفر في المقاصد، "فما وجب وجوب وسيلة أو حرم تحريم وسيلة فيجوز انتهاكه عند الضرورة و عند الحاجة كذلك، لأن المحرم لغيره من قبيل سد الذرائع و ما حرم سدا للذريعة أخف مما حرم تحريم مقاصد، و هو تفريق مهم يؤكد أهمية أحكام المقاصد ورجحانها على أحكام الوسائل من جهة و يتضمن رفع الحرج عن محرمات الوسائل إذا تزاحمت مع المصالح الحاجية من جهة أخرى."[1]

فرع ج: حالات اعتبار الوسائل.

إن كانت الوسائل دون المقاصد و أنزل منها مرتبة، إلا أنه ينظر إليها في بعض الحالات بالقصد الأول، على أساس أن المقاصد الأصلية متوقفة عليها، و لا يمكن تحصيل هذه الأخيرة إلا بتحصيل وسائلها، و من هنا تبرز أهمية الوسائل:

1. إذا كانت وسيلة باعتبار و مقصدا باعتبار آخر، كالوضوء يكون وسيلة إلى الصلاة من جهة

[1]. الوكيلي، فقه الأولويات، ص: 239.

و عبادة مقصودة في ذاتها من جهة أخرى، فإن عدم الإفضاء إلى المقصد لا يبطل اعتبارها في هذه الحالة، لأن الأصل في الوسائل أنها إن لم تُفض إلى مقصدها لا تعتبر إلا في حالة ما إذا كانت مقصودة في ذاتها و ذلك بأن"يدل دليل على الحكم ببقائها فتكون إذ ذاك مقصودة لنفسها"[1].

2. إذا كان حكم الوسيلة التحريم أو الكراهة و لكنها تفضي إلى مصلحة راجحة، و هنا قد يستشكل البعض الأمر فيقول: أليس الأمر شبيه بمن يقول الغاية تبرر الوسيلة؟

و جوابه، أن الفرق بينهما كبير، فالمقصود في الفقه الإسلامي ليس ارتكاب المحرم أو المكروه ابتداء و لا اعتماد الوسائل الممنوعة بغية تحقيق أهداف مشروعة بالقصد الأول وإعطاء تبرير شرعي لهذه الوسائل الممنوعة، إنما الأمر متعلق في هذه الحالة الاستثنائية بنظر ترجيحي بين مفسدتين في حالة تعارضهما: مفسدة الوسيلة الممنوعة شرعا و مفسدة ما كانت ستُفضي إليه من مآل فاسد إن لم ترتكب حرمة الأولى، فيُقال حينئذ بتعارض مفسدتين لا مناص من ارتكاب أحدهما فيرتكب الأخف منهما.

3. وسائل العبادات الصّرفة: الأصل عدم التفرقة بين الوسائل و المقاصد في العبادات، فوسيلة العبادات الخاصة معتبرة شرعا تأخذ حكم مقصدها مع مراعاة أصل المشروعية فيها لأن مبنى العبادات على الشرع فلزم التوقف فيها لقوله تعالى:﴿أَمۡ لَهُمۡ شُرَكَـٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمۡ يَأۡذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ﴾[2]، و هذا كان دأب سلفنا الصالح رحمهم الله، فقد كانوا يدققون في أمور العبادات دون التمييز بين ما هو وسيلة و ما هو مقصد، و لا أدلّ على ذلك من قصة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، لما جاء إلى أولئك القوم المتحلّقين في المسجد و معهم حصى يعدّون بها التكبير و التهليل و التسبيح، فأنكر عليهم بشدة، و قال لهم: " أنا عبد الله بن مسعود و الله الذي لا إله غيره لقد جئتم ببدعة ظلما، و لقد فضلتم أصحاب محمد صلى الله عليه و سلم علما، فقال معضد: و الله ما جئنا ببدعة ظلما، و لا فضلنا أصحاب محمد عاما. فقال عمرو ابن عتبة: يا أبا عبد الرحمٰن نستغفر الله. قال: عليكم بالطريق فألزموه، فوالله لئن فعلتم لقد سبقتم سبقا بعيدا و لئن أخذتم يمينا و شمالا لتضلّنّ ضلالا بعيدا."[3].

فهذه قصة جليلة نرى فيها بجلاء كيف كان علماء الصحابة رضي الله عنهم يتعاملون مع العبادات بوسائلها و مقاصدها و عدم الاعتداد بنيات أصحابها، فالقوم و إن كانت نياتهم حسنة إلا أن ابن

---

[1]. الموافقات، ج 2، ص: 35.

[2]. جزء من الآية 21، سورة الشورى.

[3]. حلية الأولياء و طبقة الأصفياء، (ترجمة سعيد بن فيروز أبو البختري)، ص: 04/ 380-381.

مسعود أنكر هذا العمل ضمن هذه الوسيلة لأنه لم يُعهد عن رسول الله عليه و على آله الصلاة والسلام، رغم وجود المقتضي له في عصره، فالتقرب إلى الله لا يُنال إلا بما شرع لعباده من الوسائل و على الوجه الذي شرّعه لهم، و لا اجتهاد في وسائل العبادة بتغييرها أو الزيادة عليها لأنها معتبرة مثلها مثل المقصد.

المطلب الثالث: اعتماد منهج الموازنة.

إن الغرض من هذه الخطوة الإجرائية التي تعتمد على الموازنة هو" طلب تحقيق المصلحة أو درء المفسدة أو تحقيق أخف الشرّين"[1]، و من جهة أخرى "تكون الموازنة بين شبيهين متقاربين أو بين مصلحتين متزاحمتين و مشكلتين"[2]،كل منهما يُفضي إلى المقصود، فيُوازي المجتهد بينهما، فيقدم أكثرهما نفعا.

إن منهج الموازنة أصل من أصول الاجتهاد استدعت الحاجة إيجاده لبيان حكم الشريعة في مختلف النوازل التي تلمّ بالمجتمع، فأضحى من الضروري توفير إجراءات و خطط منهجية تحقق للناس مصالحهم و تدفع عنهم الضرر، و نظرا إلى عدم تمحّض المصالح و المفاسد الدنيوية ممّا اقتضى هذا النوع من الاجتهاد، حتى يتمكن المجتهد من خلاله من تحديد المصلحة المعتبرة شرعا و مقدار النفع فيها و استبعاد المفسدة.

فرع ا : الموازنة بين المصالح و المفاسد:

1.عدم تمحّض المصالح و المفاسد الدنيوية: إن الأفعال لا تقع في الوجود منطوية على مصلحة خالصة أو مفسدة خالصة، بل ما من مصلحة إلا و يشوبها مشقة أو حرج، و ما من مفسدة إلا و تصاحبها منفعة أو لذة، و هذا ما يعبر عنه في الأنظمة الوضعية بقانون النسبية، و على هذا الأساس فإن المصالح الدنيوية يُنظر فيها من جهتين: الأولى من جهة مواقع الوجود، و الثانية من جهة تعلّق الخطاب الشرعي بها.

فمن جهة مواقع الوجود، العادة جارية بعدم تمحض المصالح و المفاسد في حياتنا الدنيا، و الاعتبار يكون بما غلب من الجهتين، فما غلبت فيه المصلحة عُدّ مصلحة مطلوب تحصيلها و ما غلبت فيه المفسدة اعتبر مفسدة مطلوب دفعها، وهذا ما أوضحه الشاطبي بقوله:"...فالمصالح و المفاسد الراجعة إلى الدنيا

[1]. فقه التطبيق لأحكام الشريعة، ص: 282.

[2]. د.السويد، ناجي إبراهيم، فقه الموازنات بين النظرية و التطبيق، لبنان: دار الكتب العلمية، ط1، 2002م، ص: 31.

إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب و يقال فيه: إنه مصلحة، و إذا غلبت فيه جهة المفسدة فمهروب عنه، و يقال: إنه مفسدة."[1]

أما من جهة تعلق الخطاب الشرعي بالمصلحة، فإن الشارع المقدس لا يقصد ما يلزمها أو يشوبها من مفاسد، و كذلك إذا قصد دفع مفسدة، فهو غير قاصد دفع ما لازمها من مصالح، و هكذا تكون المصالح المعتبرة شرعا أو المفاسد المطلوب درؤها شرعا خالصة غير مشوبة على اعتبار تعلّق خطاب الشارع بها، لأنه قصد الجهة الراجحة من المصلحة أو المفسدة.

2.اعتبارات الموازنة:

بعد تبيّن وجه المصلحة في أحد أعيان النوع، يعمد المجتهد إلى إجراء موازنة دقيقة بين اعتبارات عديدة " لمعرفة ما إذا كان المقصد يتحقق في عين الفعل أو لا يحصل و يتبيّن ما إذا كان حصوله يؤدي إلى ضرر في خارج محله قد يفوق النفع المتأتي منه أو لا يؤدي إلى ذلك، و على ضوء ما يتبيّن من ذلك يقع تطبيق الحكم أو عدم تطبيقه"[2].كما تسمح هذه الموازنة من معرفة مقدار غلبة النفع فيُجرى الحكم لتحقق مقصده، أو غلبة الضرر فيُصرف عن دائرة التطبيق، كما " يجب أن تكون هذه الموازنة بحسب الاعتبارات الإضافية للفعل لا بحسب ذاته"[3]، و أهمها اعتبار الغلبة، الزمان و المكان و أحوال المكلفين.

_**أولا** الغلبة: أي رجحان المصلحة أو المفسدة، بأن تكون الجهة الغالبة أولى بالتقديم في حال التزاحم، و تفصيل ذلك، كالتالي:

- إذا رجحت المفسدة على المصلحة، يقدم درء المفاسد على جلب المصالح، و لا عبرة بفوات المصالح، لأنها غير مقصودة للشارع، و إنما يقصد الجهة الراجحة، و كذلك الأمر بالنسبة للمصلحة، إذا رجحت عن المفسدة يقدم تحصيل المصلحة و لا اعتبار للمفسدة المرجوحة.
- إذا تساوت المصالح و المفاسد، فمختلف فيه، قيل يلزم التخيير و قيل بالتوقف أو يقدم درء المفاسد عن جلب المصالح مطلقا.

---

1. الشاطبي، الموافقات، ج: 2، ص : 26.
2. د. النجار فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي ص:285.
3. المرجع السابق، ص: 283.

• في مجال تزاحم المصالح فيما بينها: الأكثر مصلحة أولى بالتقديم من الأقل مصلحة إذا تعذّر الجمع بينهما، جريا على معهود الشارع المقدس الذي يراعي الجانب الأقوى.

و بحسب هذا الميزان الشرعي تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و المعتبرة على الملغاة أو المسكوت عنها و اليقينية على المضنونة و الضرورية على الحاجية والتحسينية، باعتبارهما مكملتين للضرورية "وكل مصلحة مكملة جاز إهدارها إذا كان اعتبارها يعود على الأصل بالإبطال"[1].

إذا وقع التزاحم داخل أفراد النوع الواحد من المصالح كأن تتزاحم عدة مصالح حاجية تُفضي إلى نفس المقصد، فإن الترجيح بينها يكون بقدر قوة الطلب أو النهي الموجود فيها باعتبار أن الأحكام الخمسة تعتري المصالح أيضا، فتقدم بمقتضى هذا الميزان الشرعي المصلحة الحاجية الواجبة على المندوبة مثلا، و إذا كان التعارض بين كليّين من نفس الدرجة و الترتيب مثل حاجي لحفظ النسل واجب مع حاجي لحفظ النسل واجب، فهنا الموازنة تكون على أساس شمول المصلحة و عدم شمولها أو تيقن المصلحة و عدم تيقنها، فيقدم الكلي الواجب الذي تكون فيه المصلحة أعم من الكلي الواجب الذي تكون فيه المصلحة أخص، أو الكلي الواجب الذي تكون فيه المصلحة متيقنة على الكلي الواجب الذي تكون فيه المصلحة مظنونة، و كله نظر في الواقع و ملابساته، ثم على مستوى هذا القسم إذا حصل التزاحم كأن تعارض مصلحة حاجية واجبة متعلقة بحفظ النفس مع مصلحة حاجية متعلقة بحفظ المال، فيتم التقديم بحسب ترتيب الأصول الخمسة، فتقدم المصلحة الحاجية الواجبة المتعلقة بحفظ النفس عن المصلحة الحاجية الواجبة المتعلقة بحفظ المال.

• في مجال تزاحم المفاسد فيما بينها: الأكثر مفسدة أولى بالدّرء من الأقل مفسدة، و يعبر عن ذلك بـ"ارتكاب أخف الشرّين" أو " الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف".

"إلا أنه إذا تزاحمت مفسدتان و استطعنا تجنبهما معا، فهذا هو الأولى، وإن لم يمكن ذلك، و تحتّم ارتكاب إحداهما، فعلينا أن نتجنب الكبرى ما أمكن."[2]

و الترجيح بين المصالح و المفاسد يكون بالنظر إلى حقائق الواقع و معاينته واعتبار القرائن الحالية التي يفرزها واقع النوازل و أيضا ضابط الغلبة و الندرة و الأكثرية و العموم و الخصوص و القطع و الظن كله تسديد و تقريب بالنظر الاجتهادي.

---

[1]. الوكيلي، فقه الأولويات، ص:206.

[2]. الوكيلي، فقه الأولويات، ص: 215.

_ **ثانيا**: اعتبارات الزمان و المكان: و مفاده، أن المصلحة قد تتحقق في عين الفعل في زمن دون زمن، فما كان مصلحة بالأمس قد يضحى اليوم أو في الغد مفسدة، و مثاله: خروج النساء إلى الصلاة في المساجد، حيث كنّ على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم، يرتدن المساجد و لا ينكر عليهن بل رغّب في ذلك، إذ قال :«لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولتخرجن تفلات»[1]، ثم بعد انقضاء عهده عليه السلام، تدنّت الأخلاق و قلّت المروءة، فمُنعن من الذهاب إلى المساجد صونا لكرامتهن و حماية لهن من كل ما قد يعترضهن في الطريق.

فالحكم الشرعي في هذه المسألة لم يتغيّر و لم يلحقه أي تبديل، إنما غابت المصلحة و لم يتحقق مناطها، فمصلحة الخروج إلى المساجد لم تكن راجحة لأن المفسدة إما مساوية لها أو تزيد عنها "فكان مقتضى الحكم الشرعي نفسه أن يمنعن، إذ مناط الجواز: المصلحة الخالصة أو الراجحة،و هو غير متحقق في هذه الحالة"[2]، و يعرف ذلك بمعاينة الواقع و ملاحظة ما يجري في المجتمع من ظواهر اجتماعية و سلوك جماعي لأفراده مع الاستعانة بخبرة أصحاب الاختصاص. و لاختلاف الأمكنة أيضا دورا بارزا في إجراء الموازنة بين النفع و الضرر، فقد تتحقق المصلحة في بلد ما و لا تتحقق في آخر" و من ثمّ نجد حرص العلماء على مراعاة اختلاف العوائد و الأعراف في الفتوى و الحكم و القضاء
و الاجتهاد لكل واقع بما يحقق مقصد الشارع فيه"[3].

و مثاله فرض التغطية الكاملة لوجه المرأة في بعض بلدان المسلمين لأن المصلحة الشرعية لا تتحقق إلا بذلك و لكون واقع المجتمع يتطلب الستر الكامل للمرأة، حيث يتولى وليها القيام بأمورها الخاصة، و جواز كشفه في غيرها عملا بالعرف السائد في تلك البلاد، و هو نظر مصلحي واقعي يقوم على مراعاة الأعراف و العوائد التي تقتضي من المرأة في هذه البلاد أن تزاول أمورها الخاصة أو المتعلقة بأسرتها بنفسها كالعمل في المرافق العامة التي تتطلب منها الكشف عن الوجه للتحقق من الهوية مثلا.

_**ثالثا:** اعتبار اختلاف أحوال المكلفين: الناس أصناف و أجناس تختلف مراكزهم و ظروفهم، فقد يحقق الحكم الشرعي مقصده إذا طبق على شخص ما في حين يعود في تنزيله على آخر بالنقض على ذلك

[1]. رواه مسلم في الصلاة، رقم: 442، باب: خروج النساء إلى المساجد.

[2]. د.حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص : 40.

[3]. في الاجتهاد التنزيلي، ص: 100_101.

المقصد، نظرا لاختلاف المراكز و الظروف و الملابسات و نفسيات الأشخاص و خصوصيات و أحوال كل واحد منهم.

"و إذا كان الأمر كذلك فإنه لا يمكن أن تتساوى الأعمال الواجبة في حقهم جميعا و قد اختلفت أوضاعهم و مسؤولياتهم"[1]، و عليه فإن مقصد التشريع حمل المكلف على الوسطية و الاعتدال، فإذا كان يتسم بالتهاون و التساهل أُجري عليه حكم التشديد، لمنعه من الانحراف، و إذا كان ميّلا إلى الغلو و التشديد، فلابد لردّه إلى جادّة الطريق من أن يستعمل في حقه حكم التخفيف، و هو أمر تقديري يتطلب تسديد وتقريب.

و هذا المعنى أكده الشاطبي بقوله:" طرف التشديد حيث يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين، و طرف التخفيف يؤتى به في مقابلة من غلب الحرج والتشديد"[2]، و هذا ما حدا بابن عباس[3]رضي الله عنهما للتشديد في الفتوى حين جاءه رجل يسأله ألمن قتل مؤمنا توبة؟ فأجابه:"لا، إلا النار، فلما ذهب السائل، قال له جلساؤه: أهكذا كنت تفتينا؟ كنت تفتينا أن لمن قتل توبة مقبولة، قال: إني لأحسبه رجلا مغاضبا يريد أن يقتل مؤمنا، فبعثوا في أثره، فوجدوه كذلك."[4]

فرع ب: الموازنة بين قصد المكلف و مقصد التكليف.

ثبت أن الغاية من تنزيل الأحكام في الواقع هي إصابة مقصدها، باعتبارها تتضمن معان و غايات و ليست مقصودة لذاتها، فهي وسائل أوجدها الشارع الحكيم لتُفضي إلى مقاصدها و هي الثمرة المرجوة من تطبيقها في الواقع، لذلك أوجب على المكلف أن يكون امتثاله لأوامره متطابقا تمام التطابق مع ما قصده من تشريع الأحكام قلبا و قالبا، بألا يُخالف قصده مقصد الشارع الحكيم أثناء امتثاله لأوامره و نواهيه و إن كان فعله ظاهريا لا يُمثل أي مخالفة، فإنه يُحكم عليه بالبطلان لمناقضته مقاصد التشريع العامة، "و لما كانت قصود المكلفين قد تأتي هادمة لمقصد الشارع فإن على المجتهد في تنزيل الحكم

---

[1]. فقه الأولويات، ص 180.

[2].الموافقات، ج167/2.

[3].عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم،أبو العباس ابن عم رسول الله صلى الله عليه و سلم،الإمام الحبر، ترجمان القرآن، يلقب بالبحر لسعة علمه، دعا له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالتفقه في الدين، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، شهد مع الإمام علي كرم الله وجهه صفين،كان يفتي و يستشار في أدق المعضلات من قبل الخلفاء الراشدين، روى عن علي و عمر ومعاذ بن جبل و أبي ذر، و روى عنه ابنه علي و أخوه كثير بن عباس، و أنس بن مالك و ابن الطفيل، و جمع من الصحابة الكرام، توفي رضي الله عنه سنة 86هـ بالطائف. أسد الغابة291/03، سير أعلام النبلاء 331/03، حلية الأولياء314/01.

[4]. مصنف ابن أبي شيبة، ص: 362/09.

الشرعي على أفعال المكلفين تبين قصودهم و مدى موافقتها لمقصد الشارع لإمضاء الحكم عليها، أو مخالفتها له للإحجام عن ذلك."[1]

القصد إذن معتبر في الشريعة، إلا أنه تجب التفرقة هنا بين الأحكام الشرعية الوضعية و الأحكام التكليفية، حيث لا تفتقر الأولى في صحتها إلى قصد أو نية أما الثانية فالحكم بصحتها أو بطلانها يخضع لنيّة المكلف.

أولا: الباعث غير المشروع في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

1. الباعث غير المشروع في الفقه الإسلامي:

أوضح الشاطبي أن المقصود بنية الطاعة، موافقة قصد المكلف من أداء الفعل مقصد الشارع المقدّس من تشريعه[2]، و هي حفظ مصالح الخلق، فمن قصد بفعله ما ليس مشروعا،صار فعله باطلا،كصيام التطوع بنية إنقاص الوزن و ليس بقصد التقرب إلى الله عز و جلّ، أو ارتداء الحجاب الشرعي بنية جلب انتباه الرجال الراغبين في الزواج، و ليس طاعة لله و امتثالا لأوامره. ذلك لأن مقصد الشريعة جلب المصلحة و دفع المفسدة، و القصد المخالف - و لو كان في الأفعال المشروعة بالأصل و ظاهريا - يصير بمنزلة جلب المفسدة و دفع المصلحة لمناقضته قصد الشارع الحكيم، لقوله صلى الله عليه و سلم: «إنما الأعمال بالنيات»[3].

و ضابط ذلك كله، كما بيّنه الشاطبي رحمه الله:"...كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، و كل ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل"[4].

كما بنا نظريته العامة لمقاصد الشريعة على أساس التوافق و التناسق، توافق داخلي بين نصوص الشريعة و أحكامها، و توافق و تناسق بين مقاصد الشارع و قصد المكلف، فالشريعة جاءت لتحقيق مقاصد عامة و أخرى خاصة، و تحقيق هذه المقاصد ذو صلة بالمكلّفين، إذ هو في الغالب ثمرة أفعالهم و نتيجة تصرّفاتهم، و لما كانت ثمرة أفعال المكلفين تتأثر بنياتهم و بواعثهم النفسية سلبا و إيجابا، فكان من الواجب الربط بين مقاصد الشارع و قصد المكلفين، فمن أجل تحقق مقصد الشارع على الوجه الأكمل الذي يرتضيه، يجب أن تكون مقاصد المكلفين تابعة و موافقة لها.

[1]. د. بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي، ص: 105.

[2]. الموافقات، ص: 02/ 331.

[3]. أخرجه البخاري، كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، ص: 02/01.

[4]. الموافقات ص: 03/23_28.

و من هذا المنطلق جاء تركيز الإمام الشاطبي على مبدأ النية[1]، مؤكدا أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لمقصده في التشريع، و أن الفعل لا يكون صحيحا مشروعا إلا إذا كان العمل في ظاهره و باطنه على أصل المشروعية، ذلك لأن الأحكام ليست مقصودة لذاتها، و إنما قصد بها معانيها، و هي المصالح التي شرعت من أجلها، فإذا كان العمل على أصل المشروعية لكنه في باطنه على غير ذلك، كان غير صحيح و غير مشروع، إذ الأحكام إنما وُضعت —كما سبق ذكره–لتحصيل المصالح و درء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة أو درء مفسدة.

قال العلامة الشاطبي: " فمن ابتغى في تكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"[2]، و يكون البطلان ديانة اتفاقا و قضاء إذا ثبت القصد غير المشروع، "و ربما صعب في هذا التحقيق تبيّن مقصد الفاعل من فعله حتى يُحال بينه و بين إيقاعه، و لكن هذا الأمر يتعلق بالفاعل نفسه كما يتعلق بغيره من المسلمين، وبتحقيقه في نفسه تتبيّن له مقاصده فيكون عالما بمسالك التطبيق في أفعاله بميزان التوافق والاختلاف بين تلك المقاصد و بين مقاصد الشارع، و أما بالنسبة للآخرين فقد تبدو علامات وأمارات و قرائن تبيّن عن مقصده فيُجرى فعله حينئذ في تطبيق الحكم عليه بحسب ذلك الميزان"[3]، ومن هنا اختلف جمهور الفقهاء فيما يثبت به الباعث غير المشروع على قولين:

المالكية و الحنابلة، يقولون بحرمة الباعث غير المشروع و يقرّرون أنه إذا ظهر ذلك القصد الفاسد و ثبت من القرائن المحتفة بالعقد فإن ذلك كافي لإبطال العقد ديانة و قضاء، و مذهب المالكية في ذلك جريا على معهودهم في إقامة المظنة مقام المئنة، احتياطا و صونا لأحكام الشريعة.

أما الحنفية و الشافعية، و إن كانوا يُجارون أصحاب القول الأول بحرمة الباعث غير المشروع على أنه باطل ديانة، إلاّ أنهم لا يبطلون العقد أو التصرّف قضاء و يرتبون عليه كل آثاره بل و يحكمون بصحته، و لو ثبت القصد غير المشروع أو النيّة المحرمة من الدلائل و قرائن الأحوال المحتفة بالعقد أو التصرف ما

[1]. يعبر الشاطبي عن الباعث بالنية أو القصد.

[2]. الموافقات ج3، ص: 23.

[3]. د. النجار، فقه التطبيق لأحكام الشريعة، ص: 286.

لم يظهر الباعث غير المشروع أو القصد المحرم في صلب العقد كأن ينص عليه صراحة، إلا أن الأحناف لا يشترطون التعبير عنه صراحة في صلب العقد، بل يكفي استخلاصه من الظروف أو طبيعة العقد[1].

يتبيّن أن أساس الخلاف بينهم لا يكمن في اعتبار أو عدم اعتبار الباعث غير المشروع، لأن ذلك أمر متفق عليه كما تبيّن، و إنما محل النزاع هو" الطريق التي يستدل بها على الباعث، باعتباره أمرا نفسيا ذاتيا، أي فيما يتحقق به مناطه"[2]، أو الوسيلة التي يتحقق بها إثبات الباعث في الوقائع المادية. "فالمالكية يعتبرون كثرة القصد غير المشروع وقوعا في المجتمع، مظنة للباعث غير المشروع،لأن هذه مفسدة عامة يجب درؤها و لا يشترطون تحقق هذا القصد لدى كل متصرف على انفراد"[3]، بمعنى أنهم لا يشترطون إثبات الحقيقة الفعلية للباعث غير المشروع، و هو ما يعبر عنه أصوليا بالمئنة، بل مجرد كثرة القصد إليه كافية لإبطال التصرف، لذلك قيل في المختصر "ومنع للتهمة ما كثر قصده."[4]، قال الحطاب:" أي ومنع كل بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى ممنوع في الباطن للتهمة أن يكون المتبايعان قصدا بالجائز في الظاهر التوصل إلى الممنوع في الباطن، و ليس ذلك في كل ما أدى إلى ممنوع بل إنما يمنع ما أدى إلى ما كثر قصده للناس."[5]

بناء على ما ذكر تكون صحة العقود و التصرفات متوقفة على الباعث، فإن كان مشروعا أُجيزت و إن كان خبيثا أُبطلت، "و على هذا، فإن القصد غير المشروع هنا يدخل في باب التحيّل الذي يحتاج إلى إثبات قصد التحيّل إلى المفسدة المحرّمة"[6].

نخلص، إلى أنه لا يكفي لإيقاع الحكم، إصابة المقصد بتحقق المصلحة، ما لم يرافق ذلك تطابق تام بين نية المكلف و المقصد من التشريع، أي سلامة الباعث و مشروعيته، لأن المكلف قد يُصيب المصلحة المتوخاه من التشريع و لكنه قد يناقض تصرفه – رغم إصابته المقصد – الإطار العقدي الذي وضعه الشارع كضابط من ضوابط تنزيل الأحكام، ألا وهو امتثال الأمر و النهي من الأحكام، يوضح الشاطبي

---

[1] .د.فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة،ط01/ 1994، بيروت: لبنان، ص:01/ 437، بتصرف.

[2] . د. م. فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 86 (الهامش 02).

[3] . بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، ص:01/ 438.

[4] . مواهب الجليل، ص: 268/06.

[5] . مواهب الجليل، ص: 271/06.

[6] . د. حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص: 517.

هذا المعنى بقوله:"...فإن الذي يعلم أن هذا العمل يُشرع لمصلحة كذا، ثم عمل لذلك القصد، فقد يعمل العمل قاصدا للمصلحة غافلا عن امتثال الأمر فيها، فيشبه من عملها من غير ورود أمر، و العامل على هذا الوجه عمله عادي، فيفوت قصد التعبّد"[1].

إن المصلحة بما أنها مقصود الشارع المقدس من تشريع الأحكام لابد أن تتجسد واقعا عند تنزيل الأحكام على محالها، نظرا لكون كل حكم شرعي ينطوي على مقصد يُرجى تحقيقه عند إجرائه على الواقع، فكان على كل مكلف أن يوافق قصده مقصد الشارع من ذلك الحكم،" لأن المقصود غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، و مُفوِّت للمصالح التي قررت من أجلها الحقوق، و من هنا نشأت نظرية الباعث أو الدافع الذي يحرك الإرادة إلى التصرف لتحقيق أغراض غير مشروعة تحت ستار الحق، و على أساسها أبطلت الحيل"[2].

2. الباعث غير المشروع في القانون: تعرف فكرة الباعث في القانون تحت مسمى السبب و هو" الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"[3] و لا يتصور السبب إلا في الالتزامات التعاقدية الإرادية، التي تتصل بإرادة الملتزم.

إن مسألة الباعث غير المشروع، تتجاذبها نظريتان، النظرية التقليدية و مؤداها أنه إذا تعددت الأغراض لدى الملتزم، " فإن السبب الذي نقف عنده هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه."[4] أي السبب القصدي، ففرقت بذلك بين السبب و الباعث، و لم تقم لذلك ضابط يعرف به كل منهما سبب و لم تبين على أي أساس يعتد بالباعث المباشر و قد تكون بواعث أخرى أخطر، فانتقدت هذه النظرية على هذا الأساس و حلت محلها النظرية الحديثة التي"لا تقف عند السبب القصدي، بمعنى الغرض المباشر، و لكنها تُدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، بمعنى أنه كان عالما به."[5]

---

[1]. الموافقات، ج2، ص:374.

[2]. د. م. فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 223.

[3]. د. السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية،ط1998/02،ص:04/ 07.

[4]. د. يوسف عبد الفتاح المرصفي، القاهرة : مؤسسة المختار للنشر و التوزيع، ط01/ 2001، ص: 28(هامش02).

[5]. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، عين مليلة: دار الهدى، ط02/ 2004، ص: 02/ 234.

مثلا: شخص يشتري سيارة من آخر لمزاولة تهريب البضائع إلى الخارج البلاد، فالعقد لا يبطل إلا إذا علم البائع بنوايا المشتري، و هناك من اشترط زيادة عن العلم الاتفاق أي أن يتفق البائع و المشتري على نفس الباعث، و في هذه الحالة يكون البائع طرف في العمل غير المشروع.

3. موقف التقنين المدني الجزائري من الباعث غير المشروع:

تنص المادة 97 ق.م.ج(إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا)، حيث تطلب التقنين المدني الجزائري أن يتضمن العقد سببا و يشترط فيه أن يكون مشروعا، أي بألاّ يكون مخالفا للنظام العام و الآداب، حتى يصح العقد " و هو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب، و الأخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام و حسن الآداب، و بذلك يتحقق صالح الفرد و صالح المجتمع"[1]و في هذا توظيف جيد للأخلاق في المجتمع و عمل وقائي لحماية المجتمع و أفراده من العقود المشبوهة.

و القانون لا يعتد إلا بالسبب المذكور في العقد، و هو سبب الالتزام الحقيقي و طبقا للمادة 98 ق.م.ج، فإن من يدعي الصورية، إقامة الدليل، و الصورية نوع من التحايل على القانون.

ثانيا: قاعدة إبطال الحيل.

عرّف الشاطبي الحيل على أنها:" تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، و تحويله في الظاهر إلى حكم آخر، أو إلى إسقاط الحكم الشرعي، و أن مآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع."[2] ثم أوضح رحمه الله: " أن الله تعالى أوجب أشياء و حرّم أشياء ...فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه أو في إباحة ذلك المحرم عليه بوجه من وجوه السبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة أو تحيّلا...كمن له مال يقدر على الحج به فوهبه أو أتلفه بوجه من وجوه الإتلاف كي لا يجب عليه"[3], و من هنا يتضح أن مبنى التحايل كما قرّره الشاطبي، يرتكز على مقدمتين:

⇦الأولى: قلب أحكام الأفعال في ظاهر الأمر، بحيث يصبح للحكم مظهرا و مخبرا متناقضين.

[1]. المرجع السابق، ص:238/01.

[2]. الموفقات، ج4، ص:201.

[3]. الموافقات، ج 3، ص: 106.

⇦الثانية: جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معانٍ، وسائل إلى قلب تلك الأحكام[1]، بمعنى أن التحيّل هو التوسّل بأعمال جائزة في الظاهر لإبطال حكم شرعي و تحويله في الظاهر إلى حكم آخر بقصد التخلّص من المؤاخذة الدنيوية – دون الإثم الأخروي فليس بالإمكان تجنبه–، فالفعل المتحيّل به ينطوي على سلوكين الأول جائز شرعا و ظاهر للجميع، يُتخذ وسيلة لهدم مقصد السلوك الثاني و هو خفي مستتر.

فهي إذن، ضرب من ضروب الوسائل، عائدة إلى باب الذرائع و لكن من حيث اعتبار الباعث، ومن هنا تفترق عن مسلك سد الذرائع الذي لا يُعتد فيه بالباعث غير المشروع، فبمجرد أن يتضح المآل غير المشروع للفعل أو التصرف يُسد دون اعتبار لقصد أو نية الفاعل، ذلك لأن النظر فيها مبني على المآلات و لا يّلتفت فيه إلى نية الفاعل سوء أقصد المآل الممنوع أم لم يقصد، بل يّنظر فيه إلى نتيجة الفعل، " أما في الحيل لا يُصرف إلا بتحقق القصد من الفاعل"[2]، و لا يبطل التصرف إلا إذا ثبت الباعث غير المشروع بإقامة الدليل على قصد التحيل إلى المفسدة المحرمة، "و ليست الواقعة نفسها أو الفعل نفسه قرينة أو مظنة للقصد المحرّم، و إذا كانت هناك بعض الأدلة و القرائن على هذا القصد، فإنها قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ... و على هذا فإن القصد غير المشروع يبطل التصرف، فإذا قامت القرائن على هذا القصد، ثبت هذا القصد و حكم بالبطلان"[3]، و هو نظر إلى ما يفرزه الواقع، و رصد لملابسات و ظروف التصرف أو النازلة محل النظر، بحيث تستشف القرينة من خلالها في حالة عدم تصريح الفاعل بذلك.

إن القصد من الحيل تفويت مقاصد الشارع و التنصل من التكاليف الشرعية مع تجنب المؤاخذة الدنيوية، وهي في الأصل وسائل مباحة تؤدي إلى غايات مشروعة أيضا، يتخذها المتحايل سلما إلى الحرام أو المكروه، لأن الخفاء فيها سهل ميسور لكونه غير ظاهر للناس و بالتالي يمكنه تجنب ازدرائهم، مثل البيع هو وسيلة مشروعة للتكسب و لكن المتحايل قد يستعمله للحصول على الربا من خلال بيع العينة، وكذلك النكاح فهو جائز إلا أنه قد يستعمل بنية التحليل[4]، و مثله الهبة، فالأصل فيها الجواز و لكن

---

[1]. المصدر نفسه، نفس الصفحة، بتصرف.

[2]. د. عبد المجيد النجار، فقه التطبيق لأحكام الشريعة، ص:294.

[3]. د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي القاهرة، ط 1981، ص: 518.

[4]. مثل ما يطلق عليه في دول الخليج الزواج بنية الطلاق، و هو أشبه ما يكون بالزواج المؤقت (المتعة)، أنظر المدونة،ص: 378/01، باب: الناكح قاصد بنكاحه الطلاق.

تتخذ سلما للتهرب من أداء فريضة الزكاة، و لو منعت الزكاة ابتداء لكان أمرا مشينا و غير مشروعا، في حين الوسائل غير المشروعة المؤدية إلى غايات غير مشروعة لا يستطيع استخدامها للوصول إلى غرضه المناقض لمقصد الشارع، لألاّ يُفتضح أمره لأن المخالفة فيها ظاهرة غير خفية.

" فهذه الحيل لما تعطّلت فيها مقاصد الشارع منها، فإن الأحكام الشرعية لا تجري عليها حسب ظواهرها بل بحسب ما تعطّل فيها من مقاصد. و هذا المجال من أكبر مجالات التحقيق في حصول المقصد الشرعي بالموازنة بين المقصد من الفعل و بين مقصد فاعله"[1]، ما يستلزم من المجتهد إعمال كل طاقاته الفكرية للتحقق من حصول المقصد في الفعل مراعيا في ذلك مدى التطابق بين مقصد الشارع و قصد المكلف، الذي يُعتبر أمر باطني يُستدل عليه بالدلائل و قرائن الأحوال التي تحفّ بالنازلة، أي مراعاة واقع النازلة، و على أساس ذلك التحقق يضع المجتهد منهجه في تطبيق الحكم، فما كان موافقا لمقصد الشارع يوقع عليه الحكم و ما عاد عليه بالنقض صرفه عن دائرة التطبيق.

من هنا تبرز السمة التطبيقية للمقاصد الشرعية باعتبارها ضابط يسدّد التطبيق فيما لا نص فيه، حيث تتطلب مستجدات النوازل تطبيق أحكام تصاغ بحسبها على أساس من المقاصد الشرعية العامة،كما أوضحه الشاطبي قائلا:" إن الأعمال إذا تأملتها مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، و المسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب"[2].

لذلك أبطل الشرع كل تصرف ينبني على حيلة، الغاية منها مناقضة مقاصد الشارع، و إن كان في الظاهر على أصل المشروعية، فبمجرد إثبات الباعث غير المشروع يتم إبطال التصرف و إن كان مآله مشروع في الظاهر، ومن هنا تفترق الحيل عن سد الذرائع في كون الأولى يتم من خلالها إبطال التصرف عند تبيّن قصد الفاعل من خلال القرائن أو بتصريح منه، أما سد الذرائع فإن صرف الحكم يكون باعتبار المآل دون النظر إلى قصد الفاعل، ومن هنا نستنتج أن الفقه الإسلامي أوجد منهجا إجرائيا محكما للحفاظ على المقاصد العامة للتشريع، بأن يُحاصر تصرفات المكلفين من كل الجهات، فمرة يعتبر الباعث غير المشروع و مرة أخرى يبطل التصرفات دون اعتبار لهذا الباعث بمجرد تبيّن المآل الفاسد.

ثالثا: موقف القانون من قاعدة إبطال الحيل:

[1]. د. النجار، فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص:286.

[2]. الموافقات، ج:4، ص: 195.

يعرّف التحايل في القانون بأنه " القصد إلى التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة، عن طريق تشكيل تصرّف أو تصرفات قانونية بصورة تؤدي إلى أن يكون ظاهرها مطابقا للقانون، مع استهدافها الغاية التي تخالف هذه القاعدة" [1].

وبهذا الاعتبار، فإن التحايل على القانون يتخذ صورتين:

الأولى مبنية على تصرف قانوني مشروع في الظاهر و الثانية خفية تقوم على تصرف مستتر يسعى للوصول إلى مخالفة الغاية من القاعدة القانونية.

و خير ما يمكن التمثيل له في القانون عن الحيل؛ الحيل التدليسية les manœuvres dolosives، حيث تعد "عنصرا جوهريا في واقعة التدليس، يجوز إبطال العقد بناء عليها"[2]، و التدليس le dolهو "إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد"[3]، و قد نص القانون المدني الجزائري على أحكام التدليس في المادتين: 86، 87، معتبرا إياه من عيوب الرضا، التي تجعل العقد قابلا للإبطال، و هو من قبيل الحيل غير المشروعة.

والطرق التدليسية غير محددة في القانون، فكل قول أو فعل يترتب عنه إيقاع المتعاقد في غلط جوهري، يعتبر من الطرق التدليسية كالكذب والكتمان كإخفاء عيب السلعة، أو أي تصرف يولد في ذهن الطرف الآخر صورة تخالف الواقع، و يكون هو الدافع للتعاقد، "وبالتالي يجوز لمن وقع في الغلط بناء عليها أن يطلب إبطال العقد، فضلا عن التعويض – إن كان له مقتضى– باعتبار أن هذه الحيل من الأعمال غير المشروعة"[4]، أما عن إثبات الباعث غير المشروع المتمثل في نية التضليل فهو أمر داخلي يصعب إثباته، لذلك تلجأ محكمة الموضوع إلى واقع العقد و دراسة كل ملابساته حتى تحصل عن الأدلة و القرائن التي تثبت ذلك، و يقع عبء إثباته على من يدعيه بمجرد القرائن لأنه من مسائل الواقع و ليس عملا قانونيا، و إذا سبب له ضرر فله أن يطالب بالتعويض أيضا، بشرط أن تكون الطرق الاحتيالية المستعملة هي الدافع الأساسي إلى التعاقد.

---

[1]. تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 252، نقلا عن جميل الشرقاوي " نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري" من ص: 319 إلى ص: 324.

[2].د.محمد عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون تاريخ النشر، بدون طبعة، ص: 50.

[3]. د, محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2/ 2004، دار الهدى، الجزائر، ص: 181.

[4]. الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص:54.

بالإضافة إلى ذلك، هنالك ما يّعبر عنه في الفقه القانوني بالصورية(la Simulation)، و هي في الواقع لا تعد من الطرق الاحتيالية في مواجهة الطرف الآخر، و إن كانت تصطنع مظهرا كاذبا عند إبرام العقد، لأنها تتم بين طرفي العقد و تستلزم العلم بها، خلافا للتدليس الذي يقوم به أحد المتعاقدين في مواجهة الثاني.

"فإننا نكون أمام ضرب من ضروب الحيلة التي يقوم بها الأشخاص و هي الحيل بطريق الصورية، التي تعني وجود عقدين أحدهما حقيقي مستتر، لا علم به إلا للطرفين، و الآخر صوري ظاهر، و هو الذي يتعامل به المتعاقدان في مواجهة الكافة"[1]، معنى الصورية " اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني، يلجأ إليه المتعاقدان لإخفاء ...إرادتهما الحقيقية...، ولذلك فهي تستلزم وجود اتفاقين، اتفاق ظاهر و لكنه كاذب، يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، و الآخر حقيقي مستتر لا يعلم عنه الغير شيئا، ومن هنا وجد التصرف الظاهر و هو التصرف الصوري، و وجد التصرف المستتر، و هو التصرف الحقيقي"[2]، و بمعنى آخر فإن "التصرف الأول يكون غرضه تغيير المركز الذي يثير المنع القانوني، ثم بعد ذلك محاولة مخالفة القاعدة القانونية في ظل المركز الجديد الذي يجعل هذه المخالفة مشروعة، فالتصرف الأول يتسم بالصورية و يطابق القانون شكلا للوصول إلى التصرف الثاني الذي يتضمن في حقيقته مخالفة القانون و لو أنه ظاهريا يبدو مشروعا، فبالكشف عن صورية التصرف الأول تنكشف عدم المشروعية و هو سبب البطلان."[3]

و لا ترد الصورية إلا إذا تعلق الأمر بالعقود فلا يمكن تصورها في التصرفات الانفرادية و هي تستلزم اتفاق طرفا العقد و العلم به خلافا للحيل التدليسية التي تصدر من طرف لخداع الطرف الثاني الذي يتم تضليله لدفعه للتعاقد.

و يتفرع عن هذا الأصل مسائل كثيرة في فروع القانون منها:

– تبيض الأموال[4]، التي عادة ما تكون مسروقة من المال العام للدولة بطرق تبدو مشروعة ظاهريا، كأن تكون مثبتة بفواتير و مستندات قانونية تخفي جريمة الاختلاس، ثم توظف هذه الأموال في مشاريع باسم

---

[1]. المرجع السابق، ص:50.

[2]. الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص: 57.

[3]. تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 253 (في الهامش).

[4]. أو غسيل الأموال، و تعرف بأنها " كافة صور السلوك المادي التي تهدف إلى تمويه طبيعة الأموال غير المشروعة و قطع الصلة بينها و بين مصدرها الأصلي و الحقيقي غير المشروع، و ذلك من خلال مجموعة من العمليات المتداخلة لتبدو و كأنها متحصلة من مصدر

أشخاص آخرين غير الذين تورطوا في سرقتها، و وجه ارتباطها التحايل على القانون أنها تستند إلى التمويه، بالتظاهر أمام القانون بمظهر المشروعية قصد الإفلات من العقاب.

– عدم التصريح بنسبة الأرباح التجارية تهربا من الضرائب، والتستر عن الممتلكات العقارية و غيرها بتسجيلها بأسماء أشخاص آخرين تهربا من دفع الضرائب أيضا أو خوفا من مصادرتها في حالة صدور حكم قضائي يأمر بذلك.

و من هنا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اعتبار الباعث غير المشروع و إبطال التصرفات التي ابتنت على وفقه، من خلال النظر في الواقع لتبيّن القصد السيئ لدى المحتال و الذي تدل عليه غالبا قرائن الحال.

مشروع، ليتمكن صاحبها من الاستفادة منها بتوظيفها في أنشطة أخرى مشروعة أو غير مشروعة دون ملاحقة من جانب السلطات المختصة". غسل الأموال من منظور قانوني و اقتصادي و إداري، د. عادل عبد العزيز السّن،مصر:إصدارات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص: 10.

المبحث الثاني: مراعاة التغيرات.

التغيّر سنة من سنن الحياة، فما من شيء في هذا الوجود إلا و يخضع لناموس التغيّر و التبديل، هذا الأمر من المسلّمات الملاحظة في كل مناحي الحياة، و هو مظهر من مظاهر المجتمعات و ضرورة لحياتها و سبيل بقائها، و بما أن الغاية من تشريع الأحكام، أن تنزل على هذا الواقع الهلامي، الذي لا يثبت على حال، لتحكمه و تسدد اعوجاجه، و مواجهة تحديّات التغيرات الاجتماعية التي يفرزها، فإن الفقيه أو رجل القانون لابد لكليهما الأخذ في الحسبان العوامل المؤثرة في الحياة الاجتماعية عند تنزيل الأحكام، لكون تنفيذ هذه الأخيرة محكوم بالواقع و تشخصاته المختلفة.

المطلب االأول: مفهوم تغير الأحكام في الفقه الإسلامي و القانون.

إذا كان الواقع " كالنهر الجاري الذي قيل فيه: (إنك لا تستحم في النهر مرتين)، ففي كل مرة تستحم فيه، تكون في نهر جديد أي ماء جديد غير الذي استحممت فيه سابقا"[1]، فهذا يدل على مدى حركته و تغيره من لحظة إلى أخرى، مما يعني أن النازلة ولو تجدد وقوعها إلا أنها لا تقع بنفس الشروط و الظروف، و لابد لها من اجتهاد جديد نظرا لما طرأ عليها من تغيرات قد تكون عميقة و قد تكون بسيطة إلا أنها تستلزم نظر اجتهادي جديد، لأن تلك التغيرات الطارئة تضفي حالة من الغموض تستوجب إزالتها بإعادة النظر فيها.

فرع أ : مفهوم تغير الأحكام في الفقه الإسلامي.

إن " أحوال العالم و الأمم و عوائدهم و نحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة و منهاج مستقر، إنما هو اختلاف الأيام و الأزمنة و انتقال من حال إلى حال، و كما يكون ذلك في الأشخاص و الأوقات و الأمصار فكذلك يقع في الآفاق و الأقطار و الأزمنة و الدول، سنة الله التي قد خلت في عباده"[2].

و قد دلّ استقراء العلماء على أن الأحكام الشرعية على قسمين: أحكام ثابتة مستقرة لا تؤثر فيها التغيرات فهي بمثابة الأصول و القواعد العامة التي تقام عليها الشريعة، و أخرى مرنة، متطورة، يتطرق إليها التغير.

1.الأحكام الثابتة: هذا القسم من الأحكام يتعلق بأمور تقتضي بطبيعتها الدوام و الاستقرار،مثل الأمور المتعلقة بالفطرة، كعلاقة الرجل بالمرأة و ما تقتضيه من تنظيم للزواج و الطلاق و العدة و الميراث و

---

[1]. د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص : 68.

[2]. ابن خلدون، المقدمة، ص: 28.

القوامة...، فهذه لا تتغير بفعل عاملي الزمن و المكان، و كذا أصول العقائد و الأخلاق و العبادات والمحرمات والواجبات و الحدود و المقدرات، فكل هذه النماذج لا يتطرق إليها التغيير، لأن الشارع المقدس أراد لها أن تكون كذلك، لذلك جاء منهج الشرع فيها باتا و مفصلا لأحكامها و مبينا لدقائق جزئياتها، و لا يتعرض إليها الاجتهاد إلا من حيث تنزيلها في الواقع، أي تحقيق مناطها.

2.الأحكام المتغيرة: تتعلق بالأمور المتطورة، كالمعاملات بين الناس، التي تخضع للتطور بحسب ما تقتضيه مصالحهم مثل التبادلات التجارية و المالية و الاقتصادية و السياسية... و هي معقولة المعنى تسمح للعقل البشري أن ينشط في تفسيرها و تأويلها و تعليلها للقياس عليها ما يجد من نوازل في المجتمع و كذا في تنزيلها على الواقع، كل ذلك ضمن الضوابط، و قد انتهج الشرع في هذا القسم من الأحكام منهجا سلسا يقوم على تشريع مبادئ عامة، تتسع لما لا يُحصى من الجزئيات المتماثلة، كلها تنضوي تحت قاعدة عامة واحدة، مثل دفع الضرر، فيدخل فيه منع الإضرار بكل أشكاله من أكل أموال الناس بالباطل و التعسف في استعمال الحق و وجوب الوفاء بالعهود و منع الإضرار بالزوجة، ثم "ذكر أمهات الجزئيات كنماذج للقياس على ما يشابهها، و إلحاق الفروع بأصولها"[1].

و من هنا تبرز أهمية وظيفة المجتهد في إلحاق الأشباه بنظائرها و رد الوقائع الجزئية المستجدة إلى الأصول و المبادئ العامة، مسترشدا بما وضعته الشريعة من أمارات و علامات ليهتدي بها عند تنزيله للأحكام على الجزئيات، و هذه العلامات و الأمارات لا تكون ثابتة في جميع الحالات و الظروف تخفيفا على المكلفين و مراعاة لخصوصياتهم و مصالحهم، و الأحكام التفصيلية تكون "مرتبطة من أصلها بما قد يتبدّل من الظروف و الأمكنة و الأحوال، و يتغيّر بتغيّر أعراف الناس و مصالحهم و متطلباتهم"[2].

و بناء على ذلك، فإن قاعدة « تبدل الأحكام بتبدل الزمان و المكان و الحال والعادات» ليست على ظاهرها، و لا تعني بأي حال من الأحوال تغيّر أصل الخطاب الشرعي، لأن هذا محال، فلا يجوز شرعا تغيير الحكم بعد ثبوته لكون التشريع من اختصاص الشارع الحكيم، خلافا للقانون الوضعي فإنه بالإمكان تعديل النص التشريعي أو إلغائه.

المقصود بتغير الأحكام في الفقه الإسلامي، أن الأحكام التفصيلية لها أكثر من تطبيق، على أساس أنها مبنية على مناطات متغيرة كالأعراف و العادات المتبدلة والمصالح و العلل المؤقتة " هذه التغيرات إذا

---

[1]. العسري، عبد السلام، نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص: 206.

[2].الخادمي، نور الدين، الاجتهاد المقاصدي، ص : 122.

أصابت أمورا هي مناط لبعض الأحكام فلا بد أن تتغير تلك الأحكام التي تغيرت متعلقاتها"[1]، و من هنا يتبين بجلاء أن العنصر المتغير هو مناط الحكم و ليس أصل الحكم ثابت بوضع الشارع الحكيم، فإذا تغيّر المناط لتغيّر الظروف، فإن الحكم ينتقل إلى تطبيق آخر " و الواقع أن مثل هذا لا يعد تغييرا و لا تبديلا، إذا ما روعي في كل حادثة ظروفها و ملابساتها، و ما لتلك الظروف و الملابسات من صلة بالحكم الذي جعل لها، إذ الواقع أن الفقيه أو المجتهد إذا ما عرضت عليه مسألة من المسائل، راعى ظروفها و ملابساتها و الوسط الذي حدثت فيه، ثم استنبط لها الحكم المتفق مع كل هذا، فإذا تغير الوسط و تبدل العرف الذي حدثت فيه الواقعة تغيّرت بذلك المسألة و تبدل وجهها و كانت مسألة أخرى اقتضت حكما آخر لها، و هذا لا ينفي أن المسألة السابقة بظروفها مازالت على حكمها، و أنها لو تجددت بظروفها و وسطها لم يتبدل حكمها"[2]. و كأن المسألة الواحدة لها أبعاد متعددة، تختلف تطبيقاته بحسب ما يُحيط بها من الظروف و الملابسات.

و من هنا يتعين على المجتهد الناظر في النوازل اعتبار التغيرات في حالة الأحكام المبنية على مناطات متغيرة، فإن" كانت هي مناط الحكم و عليها و لأجلها وضع الحكم، فلا بد للفقيه أن يُعيد النظر في ذلك الحكم، موازنا بين ما تغيّر و ما جدّ لتقرير الحكم الملائم للوضع الجديد و للحالة الجديدة، ذلك أن الحكم الذي وضعه الشرع، أو اجتهد في المجتهدون، لم يوضع للحالة الجديدة التي بين أيدينا"[3].

نستخلص في الأخير، أن الأحكام التفصيلية، المعقولة المعنى يُراعى فيها الظروف و الأحوال التي تتنزل عليها و تطبق فيها، و لا شك أن ذلك له أثر كبير في تحوير الحكم و ليس تغييره، لأن التغيرات إذا أصابت مناط الحكم فلابد أن تؤثر فيه، و كله نظر في واقع المسألة.

فرع ب : المقصود بتغير الأحكام في القانون.

الأحكام القانونية تتغيّر بنفس الطريقة التي وضعت بها، حيث يُقصد بالتغيير في الأحكام القانونية إما إلغاء النصوص القانونية، أو تعديلها أو تكميل النقص في حالة الثغرات القانونية، و الأصل الذي يسير عليه القانونيين هو أن سلطة التغيير من اختصاص المشرع أي السلطة التشريعية، أما القاضي فوظيفته الأساسية هي تطبيق القانون دون التدخل في سلطات المشرع طبقا لقاعدة الفصل بين السلطات، فلا يجوز له إلغاء نص قانوني أو تعديله إلا في حالة انعدام النصوص، حيث يُتيح له القانون المجال للاجتهاد

[1].د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص: 68.

[2]. الشيخ علي الخفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، ط2، 1996، دار الفكر العربي، ص: 246.

[3]. د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص: 69.

لاستنباط الحكم ضمن شروط معينة من بينها أن يكون مختصا بالمسألة المعروضة، أو حالات التعارض بين النصوص، حيث يضطر القاضي إلى استبعاد أحد النصين من خلال اجتهاده القضائي.

-الإلغاء : الإلغاء مظهر من مظاهر تغير الأحكام في القانون، و إلغاء القاعدة القانونية، هو" إنهاء العمل بها أو تجريدها من قوتها الملزمة بالنسبة للمستقبل"[1]، حيث يتم على أساسه توقيف العمل بالنص القانوني بعد أن كان معمولا به، فيفقد بذلك قيمته القانونية، و هو من اختصاص السلطة التشريعية التي تصدر قانونا لاحقا للقانون الذي يُراد إلغاؤه، إما بغرض الاستغناء عنه أو إحلال قانون آخر محله.

تنص المادة الثانية من القانون المدني: " و لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء و قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"، يستخلص من هذه المادة أن طرق الإلغاء حالتان:

1. حالة الإلغاء الصريح: أي حالة ورود نص في التشريع اللاحق يقضي صراحة بإلغاء قاعدة قانونية سابقة عليه " فقد تدعو ظروف خاصة إلى توقيف العمل بتشريع معين لفترة معينة...كالقوانين التي تصدر في أثناء الحرب."[2]

2. حالة الإلغاء الضمني: و هي حالة التعارض بين التشريع الجديد و التشريع القديم مع وحدة طبيعة الحكم أي بأن يكون الحكمين الواردين ف التشريعين المتعارضين إما عامين أو خاصين، فإذا استحال إعمال الحكمين معا يُصار إلى التشريع الجديد، أما إذا كن الحكمان في كلا التشريعين متعارضان،فهنا يُصار إلى قواعد الترجيح التي من بينها " أن الحكم القديم يظل معمولا به في شأن الحالة الخاصة باعتباره استثناء واردا على الحكم العام الجديد."[3]

و حالة الإلغاء الضمني التي تتم من قبل القاضي خلال النظر في الحالة الواقعية، عند بحثه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، و هو استثناء عن القاعدة المذكورة آنفا المتعلقة بالفصل بين السلطات، فإذا ما تبدّى له تعارض بين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق و النص التشريعي،فإنه يلجأ إلى إهدار النص إذا ما كانت القاعدة القانونية أعلى منه درجة " تطبيقا لنظرية التدرج في التشريعات أو تطبيقا لقواعد النسخ

[1]. د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية للطباعة و النشر، 1998، ص: 100.

[2]. المرجع السابق، ص : 103.

[3]. المرجع السابق، ص: 104.

الضمني، حسب الأحوال إذا كان التعارض بين أحكام تشريع واحد أو تشريعات متساوية في الدرجة طبقا لتواريخ صدورها"[1].

و هو في حقيقة الأمر عمل ترجيحي في حالة التعارض بين نصين أحدهما سابق و الآخر لاحق من حيث الزمن، فيقدم المتأخر عن المتقدم، و أحيانا " إذا وجد القاضي أو المفسر تعارضا مطلقا بين نصين، و لم يستطع رفع هذا التعارض بالتوفيق بينهما و كان أحد النصين رئيسيا و الآخر فرعيا فعلى المفسر إهدار النص الفرعي، أما إذا كان النصان على درجة واحدة من الأهمية – و هذه من الحالات النادرة – فيهمل القاضي النصين معا، إن كان في عمل تشريعي واحد، و إلا طبق آخرهما باعتباره ناسخا للسابق و طبقا لهذه النتيجة يسمى هذا النوع من التفسير بالتفسير ألإلغائي أو الملغى و لا يقصد بذلك أن القاضي أو المفسر يلغي النص التشريعي، بل لا يطبق النص إذا اتضح له نتيجة للعملية التفسيرية أن القاعدة القانونية التي يتضمنها النص قد ألغيت بسبب التعارض"[2]، هذا الإلغاء الضمني للنص التشريعي هو في الواقع تغيير في الحكم، الذي ينتقل من كونه واجب إلى عدم وجوبه.

–تكميل التشريع: le comblement de la loi:

و هو استكمال نقص التشريع من قبل القاضي الذي يكون بصدد اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الحالة الواقعية، بعد أن يكون لاحظ ثغرات في القانون، و عليه فإن التكميل لا يكون إلا في حالة عدم وجود نص قانوني أي الفراغ التشريعي، و هذا بالنسبة لمن ينكرون كمال التشريع[3]، حيث يقوم القاضي بسد النقص عند البحث عن الحكم الواجب التطبيق في حدود الحالة الواقعية المعروضة عليه، و عمل القاضي في هذه الحالة إنما يقتصر على حل النزاع المعروض عليه دون أن يكون ذلك خلقا للقانون، و من هنا نستنتج أن القاضي يخرج عن نطاق التفسير بمعناه الاصطلاحي الحقيقي و يدخل في ميدان إنشاء القواعد القانونية مباشرة و لكنها مقصورة على الحالة الواقعية، هذه العملية تدل على أن

---

[1]. د. م. صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 259.

[2]. د. م. صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ص: 260.

[3]. أفرزت مسألة الثغرات التشريعية خلافا بين فقهاء القانون، فظهرت نظريتان؛ الأولى تقول بكمال التشريع و روادها الشرّاح الوضعيون، بحيث تحدد وظيفة القاضي في تطبيق القانون فحسب و لا يجوز له التدخل في سلطة المشرع، أما الثانية تنفي كمال التشريع و ترى أن ما من تشريع إلا و يعتريه النقص و بالتالي يتعين على القاضي في هذه الحالات أن يتدخل لتكميل التشريع من خلال اجتهاده في البحث عن القانون الواجب التطبيق.

القاضي استحدث الحكم بعد أن كان في العدم، فهو تغيير للحكم من العدم إلى الوجود، مستلهما الحل من واقع القضية و تشخصاتها المختلفة.

المطلب الثاني: مجال التغيير.

الأصل أن التغيير يطال الأحكام التي تخرج عن دائرة النصوص القطعية، كما أنه يعتري الأحكام المبنية على الاجتهاد.

فرع أ: الأحكام النصية.

إن نصوص الكتاب العزيز و السنة المطهرة قد تتطرق إليها القطعية و الظنية من جهة الثبوت أو الدلالة، أو من الجهتين معا، فالقرآن الكريم لا تدخله الظنية إلا من حيث الدلالة، لأنه قطعي السند، فقد ورد إلينا بطريق التواتر المفيد للقطع، أما نصوصه فقسم منها قطعي الدلالة مثل آيات المواريث و الحدود، فهذه خارج حدود الاجتهاد و هي ليست محلا لاختلاف الفقهاء و بالتالي لا تخضع للتغيير، لأن الشارع أراد لها الثبات على الدوام، و " لأن أحكام هذا النوع بمنزلة العقائد الواجبة الإتباع عينا على كل إنسان، فهي لا تقبل التعديل و لا التبديل، لأن تعديلها يؤدي إلى الخروج على النص الدال عليها قطعا و يقينا"[1]، و هو أمر ممنوع شرعا، فهي بمثابة المرجعية التي نحتكم إليها.

أما القسم الآخر من نصوص القرآن الكريم فهو ظني من حيث الدلالة،" إذا كان اللفظ الوارد في القرآن الكريم يحتمل أكثر من معنى واحد في مجال التأويل"[2]، و تكون هذه النصوص مجالا للبحث و الاجتهاد مثل النص الذي يحتوي على لفظ عام أو مطلق أو مشترك أو مجاز، إذ يحتمل أكثر من معنى، و بالتالي دلالته على أحد معانيه ظنية.

و كذلك السنة المطهرة، فإن دلالتها على الأحكام إما قطعية من حيث ورودها كالحديث المتواتر و قد تكون ظنية كأخبار الآحاد، أما من جهة الدلالة، فهي إما ظنية، إذا كان للفظ إلا المعنى الذي ورد به النص، و مثاله " قوله صلى الله عليه و سلم : (في خمس من الإبل شاة)[3]، فلفظ خمس إبل دلالته

---

[1]. الفتوى، ص : 412.

[2]. نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3]. أخرجه الترمذي في الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل و الغنم 17/3، رقم 621، و أبو داوود في الزكاة، باب في زكاة السائمة 99/2، رقم 1568.

قطعية على معناه و لا يحتمل غيره، فيثبت الحكم لمدلول هذا اللفظ و هو وجوب إخراج شاة زكاة عن هذا المال". [1]

و بذلك يتحدد مجال تغير في إطار النصوص كما يلي:

♦ ما كان قطعي الثبوت و الدلالة: فلا يجوز فيه الاجتهاد تطبيقا لقاعدة « لا اجتهاد في مورد النص»، و بالتالي لا يدخله التغيير بأي حال من الأحوال، لأن الشارع المقدس أراد لها أن تكون أصولا و ثوابت تتصف بالديمومة و لا يجوز إحداث أي تغيير فيها أو تعطيل، فهي الأصول التي تُقام عليها الشريعة.

♦ ما كان قطعي الثبوت و الدلالة و لكنه مبني على مناط متغير كالمصالح الدنيوية المؤقتة و التي تكون مرتبطة بوجود أمارات أو أسباب معينة، فإنه إذا ما زالت تلك الأمارات و الأسباب أو انتفت تلك العلة أو المصلحة بتغيير الظروف و الأوضاع، فإنه يُجتهد فيه مرة أخرى حيث يُستنبط حكم جديد يلاءم الأوضاع الجديدة و يحقق المصلحة المتعطلة دون إلغاء للنص، لأنه إذا ما عادت ظروف الحكم الأول، فإن الحكم يُعاد تفعيله بنظر جديد.

♦ أما ما كان ظني الثبوت و الدلالة، أو دخلته الظنية من إحدى الجهتين، فهذا هو المجال الحقيقي للتغير و هو مجال الظنيات، و التغيير هنا يقع في التطبيق و ليس في أصل الخطاب الشرعي، فهذا الأخير لا يُلغى و لا يُعدل و لا يُنسخ، فهو باق، إلا أنه صُرف عن دائرة التطبيق " لأن النص لا يطبق إلا إذا توافرت الأسباب و الشروط و انتفت الموانع، فإن الذي يحصل هو أخذ حكم جديد من نفس النص و مستوحى من ظروف النص تبعا لمصلحة زمنية، و ذلك بأن يكون في ظروف النص دليل على أن الحكم الثابت بالنص القائم المعمول به، إنما هو حكم مبني على مصلحة زمنية.

تجدر الإشارة إلى أن الحكم يُستفاد مباشرة من النصوص القطعية، دون استعمال أدوات التفسير المعروفة، من دلالات و تخصيص و إطلاق و تقييد...الخ، لأن النص في هذه الحالة هو الحكم نفسه، أما فيما يتعلق بالنصوص الظنية، فلابد من الاستعانة بأدوات التفسير لتحديد المعنى المراد من بين المعاني الأخرى التي يحتملها اللفظ وفق ملابسات النازلة و منه يُستنبط الحكم الجديد، و أما في حالة غياب النصوص يلجأ المجتهد إلى إعمال آلية الاجتهاد لاستنباط الحكم الجديد مستعينا بأصول الفقه الأصلية كالقياس و التبعية كالمصالح المرسلة و الاستحسان و سد الذرائع...الخ.

فرع ب : الأحكام المستنبطة بالاجتهاد.

[1]. الفتوى، ص : 431.

الأحكام المستفادة بالاجتهاد، يكون مجال التغير فيها أوسع و أرحب من الأحكام النصية، و هي الأحكام التي تبنى مناطاتها على أمارات قابلة للتغير وضعها الشارع الحكيم لتشريع الأحكام المتغيرة تخفيفا على العباد و مراعاة لظروفهم و مصالحهم و أيضا اعتبارا لخصوصياتهم، و تكون مصادر هذه الأحكام، إما علل متغيرة، أو مصالح زمنية مؤقتة أو يكون مبناها عرف أو عادة أو ضرورة.

1. تغيّر الأحكام المبنية على علل مؤقتة:

الأصل في الأحكام أنها تدور مع عللها وجودا و عدما، فمادامت العلة قائمة يبقى الحكم و إذا انتفت لسبب ما فإن الحكم يتغير أيضا ليحل محله حكم آخر أنسب للوضع الجديد، فقد ثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام[1]، كان لعلة مؤقتة و هي الفاقة (المجاعة)، فلما زالت هذه العلة رفع عنهم النهي، و إذا ما عادت المجاعة و الفقر–لا قدّر الله– تعيّن وجوب التصدق و عدم الادخار.

يُلاحظ أنه لا تغيير في الحكم في هذه المسألة، فالحكم باق على أصله، إنما تطبيقاته هي التي تغيرت بحسب الظروف، لأن من شروط تطبيق الحكم وجود علة معينة فمتى زالت انتفى و متى وجدت، رجع الحكم من جديد.

2. تغيّر الأحكام القياسية:

هي الأحكام المستفادة بطريق القياس و "هي من الأحكام القابلة للتغير و التبديل، و ذلك أن الوقائع التي قاس عليها الفقهاء السابقون وقائع عصرهم، كانت العلة حينذاك موجودة في كل من الواقعتين، لكن وقائع عصرنا اليوم بسبب الظروف الاجتماعية و التطور التقني فإنه قد دخلت عناصر جديدة في علل وقائع عصرنا مما يجعل هناك فروقا بين المقيس عليه و المقيس، و هذا يدعونا إلى إعادة النظر في الأحكام الفقهية المبنية على القياس لتغير الوقائع في المقيس و المقيس عليه"[2].

و من العوامل المؤثرة في اختلاف الصورة بين المقيس و المقيس عليه تغيّر الزمن من ظهور مستجدات لم تكن معروفة في السابق، وكذا عامل اختلاف المكان و ما له من أثر مباشر على الحكم.

3. تغيّر الأحكام المبنية على مصلحة مؤقتة:

---

[1]. مسلم بشرح النووي، كتاب الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم: 1969، ص: 186/13.

[2]. العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص : 231/230.

تتعلق هذه الأحكام بالسياسة الشرعية و إدارة شؤون الدولة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، و هي " أحكام وسيليه صرفة ليست مقصودة لذاتها نهائيا، فهذه أيضا قابلة للتغيّر إذا فقدت الوسيلة قيمتها و وظيفتها، أو تيسرت وسيلة أخرى أفضل منها و أكثر تحقيقا للمقصود"[1].كما يدخل في هذا الباب أيضا جملة التصرفات السياسية من وضع برامج التنمية الاقتصادية و إعداد مناهج التعليم و تنظيم الهياكل الحكومية و النظم الإدارية و المالية و العسكرية من تجهيز الجيش و تقويته لصون الحدود و الدفاع عن الأوطان، و تنظيم جهاز العدالة كاستحداث درجات التقاضي و الاستئناف و طرق تنفيذ الأحكام، و اتخاذ التعازير...الخ. هذا فيما يخص الأحكام المتعلقة بالوسائل التي تدخل ضمن الاختصاصات التي أوكلها الشارع المقدس لولي الأمر، أما الوسائل الموضوعة شرعا، فلا تقبل التغيّر و لا الاجتهاد، مثل " جملة الوسائل الفقهية المصطلح عليها بشروط الصحة و التكليف و سائر ما وضعه الشارع من أمارات و علامات و أمور لا تصح العبادة إلا بها مثل الطهارة و استقبال القبلة و ستر العورة و القيام و الركوع و التشهد و استلام الحجر و شرب زمزم والتجرّد، و غير ذلك ممّا لا يقبل التغيير و لا التعديل مهما بلغت الإنسانية من أطوار التحضّر والتحرّر، و مهما جودل بالمصلحة التي يُراد تغيير العبادة أو شروطها بها."[2]

4. تغيّر الأحكام المبنية على عرف أو عادة:

العرف لغة ضد المنكر، و كل ما تعرفه النفس من الخير [3]، أما اصطلاحا فيُعرّف على أنه " ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول"[4]، فهو كل " ما جرت عليه عادة الناس في بيعهم و شرائهم و إيجارهم و سائر معاملاتهم في تحقيق العدالة"[5].

و بناء عليه فإن العرف معتبر في الشريعة عند فقدان النصوص، خاصة في المعاملات المالية، التجارية و المنازعات المتعلقة بالعلاقات الزوجية، إلا أنه ليس كل عرف شاع و انتشر بين عامة الناس و استقر في المجتمع، يصبح معتبر، بل المقصود "عرف العقلاء و سيرتهم، كما يسميه الإمامية بالسيرة العقلانية"[6]، و

---

[1]. د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع ، المصلحة، ص: 160.

[2]. الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، ص:114.

[3]. ابن منظور، لسان العرب، مادة " عرف"، ص: 239/9.

[4]. الجرجاني، التعريفات، ص:193.

[5]. القرافي، الأحكام، ص: 234.

[6]. د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص: 158.

هو وصف في غاية الدقة، لكون العقلاء كالعلماء و النخبة في المجتمع قد تحرّوا الصحة و توخّوا عدم مصادمة الشرع عند تبني عرف ما أو إقراره لامتلاكهم الآليات و القدرات التي تمكنهم من التمييز بين ما يوافق الشرع و ما يعارضه، أما عرف العوام من الناس فقد يحتمل الصواب و الخطأ، لذلك لا يعتد به حتى يقره عقلاء المجتمع.

و قد جرى الفقهاء و الأصوليون على اعتبار العرف و العادة لفظان مترادفان[1]، خلافا لفقهاء القانون الذين يفرقون بين هذين المصطلحين، فالعرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون يتسم بالإلزام، أما العادة فلا تطبق إلا إذا اتفق الأشخاص على تطبيقها صراحة أو ضمنا[2]، وكلما ضاق مجال النصوص، اتسع نطاق العرف كما في الأنظمة" الأنجلوسكسونية، حيث يتكون جزء كبير من تشريعاتها من العرف و الأحكام القضائية"[3]، و تأسيسا على ذلك، "فالأحكام المترتبة على عادات تدور معها أينما دارت و تبطل معها إذا بطلت"[4]، فهي تدور مع عللها و مناطاتها وجودا و عدما، و لا يعد ذلك تغييرا في أصل الحكم، " بل معنى هذا الاختلاف: أن الأعراف إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكما يلائمها، و لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا، للزمت منه المشقة و الضرر بالناس و لخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف و التيسير"[5]، و لكون هذه الأعراف تنطوي على مصالح و حاجات الناس الأساسية، فإذا ما انتهت و ظهرت مصالح أخرى متجددة، أكثر استجابة لحاجيات الناس و معاملاتهم فلابد من ترك الأولى و تحكيم الثانية و إلا وقع الناس في حرج و مشقة.

المطلب الثالث: <u>ضوابط مراعاة التغيير.</u>

يمكن استخلاص ضوابط التغيير من خلال العرض السابق لمجالات التغيير، و هي كالتالي:

–لابد من اعتبار النص القطعي و التمسك به في مواجهة التغيير.

–اعتبار مقاصد الشريعة بعد علوية النص.

–عدم الخروج عن احتمالات النص الظني.

فرع ا: <u>التمسك بالنص القطعي.</u>

---

[1]. د. إسماعيل كوكسال، تغيّر الأحكام في الشريعة الإسلامية، ص:168.

[2]. د. إسحاق إبراهيم المنصور، نظريتا القانون و الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط10–2008، الجزائر، ص:158.

[3]. المرجع السابق، ص :157.

[4]. القرافي، الفروق، ص: 1/ 176 و 166/3، نقلا عن فلسفة التشريع، ص: 214.

[5]. محمصاني، فلسفة التشريع، ص: 202، و كوكسال، تغيّر الأحكام، ص: 172.

و لا اعتبار لأي تغيّر لاح للمجتهد في مواجهة النص القطعي ثبوتا و دلالة، فكل تغيّر يعارض نصا من هذا القبيل هو تغيّر وهمي لا يقوم على أي أساس معتبر شرعا، تطبيقا للقاعدة الأصولية « لا اجتهاد في مورد النص»، " و ذلك يعني أن لا عمل لعوامل التغيّر في موارد النصوص القطعية سواء أكان القطع شاملا للورود أو للدلالة"[1]، فكل تغيّر من شأنه أن يعود بالإبطال على أصول العبادات و التكاليف الشرعية أو المقدرات أو القيم الإنسانية الكبرى كالصدق و الوفاء بالعهود و عدم الإضرار بالغير ، فلا يعتد به، ذلك لأن النص القطعي مقدّس لا يجوز إهداره تحت أي ضغط من الضغوط أو ظرف من الظروف، حتى و إن بدت للمجتهد أنها منطوية على مصالح جديدة، لأنها في واقع الأمر مصالح وهمية لكونها تعارض النص القطعي الذي يظل دائما هو الفيصل و الحكم في مثل هذه الحالات، فالشارع المقدس أراد له الديمومة و الاستمرارية حتى يكون هو المرجع و الأصل الذي نحتكم إليه لا أن نحكم عليه.

هذا الأصل العام ليس على إطلاقه بل يرد عليه استثناء، يجيز اختراق النص القطعي عند الضرورة، " و هي قانون إلهي أعلى يقضي على أحكام الشريعة كلها عند اقتضاء التطبيق"[2]، و على هذا الأساس فإن " مواقع الضرورة مستثناة حتى من القطعيات بالإجماع، لقوله تعالى: ﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ﴾[3]، فلا يتصور التعارض بين الضرورة و أي نص أو أصل تشريعي و لو قاطعا، لأن حكم الضرورة مقدم دائما، و يجب العمل بمقتضاه وحده دون معارض، و من هنا قرّر الأصوليون و الفقهاء القاعدة المحكمة « عند الضرورات تباح المحظورات»"[4]، و الضروريات هي الأصول أو الكليات الخمسة التي يجب المحافظة عليها حتى تستقيم مصالح الدنيا و الآخرة و أي إخلال بها أو بأحدها يؤدي إلى زوال المجتمع من أساسه و انخرام بنيته، وهي تتمثل في خمسة أمور: الدين، النفس، العقل، النسل، و المال.

---

[1]. تغيّر الأحكام في الشريعة الإسلامية، ص: 266.

[2]. د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص: 481.

[3]. جزء من الآية 119 من سورة الأنعام.

[4]. المناهج الأصولية، ص: 481.

هذه الأصول الخمسة تعتبر أصولا ثابتة، لا يطالها التغيير، و تسمى المحافظة عليها حالة ضرورة إذا ترتب على ذلك مخالفة لحكم شرعي ثابت، لأن الامتثال للدليل المحرم قد يلحق ضرر بهذه الكليات لذلك فإن "كل محظور في الحالات الاعتيادية، يباح في حالة الضرورة، بل قد يرتفع إلى درجة الوجوب و الالتزام."[1]

هذه القاعدة بدورها تخضع للتقييد، لأن " ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات، إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط"[2]، فلا يجوز للجائع أن يسرق كميات كبيرة من الطعام، وعليه الاكتفاء بالحد الذي يُبقيه على قيد الحياة، خلافا للمالكية الذين يرون أن ما يؤكل من ذلك، حده الشبع و التزود حتى يجد غيره،[3] كما أن إباحة الممنوع عند الضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة، فإذا زال العذر عاد العمل بالأصل، أي بعد زوال حال الضرورة.

وتأسيسا على ذلك يجوز إهدار النص القطعي في حالة ما إذا دعت متطلبات الضرورة إلى ذلك حفاظا على المصالح الضرورية الخمس التي على أساسها يُقام المجتمع، فإذا أهدرت تلك المصالح أو إحداها و جوزنا العمل بالنص القطعي، فإننا نكون قد تسببنا في زعزعة أسس المجتمع و انهياره، و في حصول ضرر للمكلفين أقوى من ضرر إهدار النص القطعي، " و ذلك لأن الشارع الحكيم قد جاء بأحكامه الأصلية تنظيما للحالات العادية ثم غيّرها أو أخذ في تغييرها تغييرا وقتيا في الحالات الاستثنائية معالجة لحالات الضرورة التي يترتب الهلاك و الضياع على العمل فيها بتلك الأحكام الأصلية"[4].

الأصل في تقدير المصالح الضرورية، و ما إذا كانت تقوى على إهدار النص القطعي، راجع إلى مجتهدي الأمة الذين تمكنوا من استيفاء شروط الاجتهاد، لقوله تعالى:﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾[5]، فالمجتهد وحده من يقدر حالة الضرورة و متى يكون الترخيص و متى يطرح العمل بالنص القطعي و إعمال الرخصة، حتى لا تستعمل الضرورة على غير وجهها الشرعي أو تتخذ ذريعة لارتكاب المحظورات بحجة الاضطرار أو الضرر أو المشقة غير المحتملة، كما للمجتهد أيضا "أن يختبر كل تغيير في الأحوال و الحوادث من ناحيتين:

---

[1]. د. صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها، ص: 248.

[2]. د. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص: 187.

[3]. ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج1، ص: 381-382.

[4]. أ. عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، ص: 234.

[5]. جزء من الآية 43 من سورة النحل.

– من ناحية تحديد نوع الأحوال و الحوادث في ذاتها و خصائصها.

– من ناحية تحديد الوجه الذي قد حدثت فيه التغيرات من وجهة نظر القانون الإسلامي و ما هو التغيّر الذي يقتضيه في الأحكام كل نوع من هذه التغيرات"[1]، وكله نظر في الواقع و تداعياته.

فرع ب : اعتبار المقاصد الشرعية:

يعتبر هذا الضابط في غاية الأهمية بعد علوية النص القطعي ثبوتا و دلالة، و مفاده أن الأوضاع الجديدة التي أفرزتها التغيرات، لابد لها أن تكون منطوية على مصالح موافقة لمقاصد الشريعة، و ذلك لأن " الأحكام التي تقبل التغير بتغير العوامل، لابد أن تكون متماشية مع القواعد الشرعية العامة، لأن غاية التغير ليست التهرب من تطبيق الأحكام الشرعية أو إتباع الهوى أو التساهل في الدين، لأن الشريعة قد جاءت لإبعاد المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عبادا لله."[2]

فلا يكفي أن تصادف هذه التغيرات الأحكام الشرعية و تفضي إلى صحتها قضاء، بل لابد لها من إصابة المقصد الشرعي حتى لا تؤول إلى البطلان ديانة، " و ذلك لانبناء الشريعة الإسلامية على مبدأ العبودية الذي ظلّ أعلى المقاصد و أرقاها"[3]، مما يتطلب موافقة قصد المكلف مقصد التكليف و إخلاص النية في الامتثال لأوامر الشارع المقدس، و هذا ما حدا بالعلامة الشاطبي رحمه الله أن وضع أصلا عقائديا في غاية الأهمية صدّره منهجه في التطبيق، و يتعلق بأصل «الامتثال لأوامر الشارع»، حتى يسدد و يرشد العملية التنزيلية وفق تعاليم الشرع، و مضمون هذا الأصل " أن يتأسس فعل الإنسان في إيقاعه وفق الحكم الشرعي على أساس من الخضوع لله و الامتثال لأمره ليكون ذلك ميزانا في إيقاع الفعل يميل به إلى إجرائه على ما تبتغي به مرضاة الله، و يدافع به نوازع الهوى التي قد تزيف بدائل في صورة الإيقاع و تضفي عليها معنى شرعي بصفة صورية في مثل البدع و الحيل الشرعية و ما شابهها"[4]، خاصة وأن هذه التغيرات غالبا ما تطرأ في ساحة الأحكام المسكوت عنها،

و يتجلى لنا اعتبار هذا الضابط على مستويين اثنين:

---

[1]. د. إسماعيل كوكسال، تغيّر الأحكام، ص: 276.

[2]. تغير الأحكام، ص : 270.

[3]. المرجع السابق، ص: 277.

[4]. د. النجار، فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، ص: 266.

الأول: التحقق الفعلي من حصول المصلحة من جراء التغير، و إلا كان تغيرا غير حقيقيا، لا يمت بأي صلة مع الواقع و أن تكون هذه المصلحة الجديدة واقعية يعنى أن تمس حاجات الناس الأساسية التي لا غنى لهم عنها.

الثاني: أن تربو المصلحة الجديدة على المصلحة المتغيرة، بأن تنطوي على فائدة إضافية لعامة المكلفين لم تكن في سابقتها، و إلا فما الجدوى من التغير إن لم يكن يحمل فائدة جديدة للمجتمع، كالتيسير و رفع الحرج مثلا أو دفع الضرر عن المكلفين الذي لم تقو المصلحة السابقة على مجابهته، و يشترط أن يكون الحرج أو الضرر اللاحق بالمجتمع حقيقيا و ناشئا عن سبب يرخص لأجله أو عذر الشرعي، و أن لا يخالف نصا قطعيا، فإن خالفه، فلا يعتد به لأنه في هذه الحالة حرج وهمي.

فرع ج: عدم الخروج عن احتمالات النص الظني.

الأصل اعتبار التغير الطارئ في ساحة النصوص الظنية دلالة، بشرط التقيد باحتمالات معاني ألفاظ النص الظني و إلا عُدّ ذلك تأويلا بعيدا.

فالنص ظني الدلالة يحتمل معنى ظاهر راجح و معاني أخرى محتملة مرجوحة، فإذا ما كان متعلقا بمناط متغير، أو تبدلت ظروفه و حيثياته، تبدل أيضا معناه الراجح و انتقل إلى أحد معانيه المحتملة المرجوحة بقرينة صارفة تقوي و تعضد أحد هذه المعاني بحسب ما أفضت إليه ظروف و ملابسات ذلك التغير، فلزم حينئذ التصرف في معاني النص الظني[1] " بأن يرجح منها المجتهد ما يرى أنه مقصود الشارع من النص، و لو كان هذا المعنى المحتمل أضعف مما يفيده النص بظاهره، إذا ما أرشد الدليل الصحيح إليه، لأن هذا الدليل يصيّره راجحا يغلب على ظن المجتهد أنه مراد الشارع"[2]، عند تطبيق النص، خلافا للنص القطعي الدلالة فإنه لا يحتمل أي اجتهاد أو تغير كما سبق توضيحه، و بناء عليه، فإن التغير في حكم النص الظني ليس تغيرا في أصل الخطاب الشرعي، و إنما هو تحوير له"بالتصرف فيما يحتمله النص بوجه من وجوه دلالته أو من وجوه احتمالاته"[3]بدليل يسوغه، و بالتالي فلا عبرة بالاحتمال الذي لا ينهض به دليل، و إن أسفر على أمور جديدة تبدو للمجتهد ذات أهمية للمجتمع، و هذا الضابط في غاية

---

[1]. لأن التأويل يختص بالمعاني و ليس الألفاظ، و يشترط فيه الدليل المسوّغ.

[2]. د. الدريني، المناهج الأصولية، ص: 151-152.

[3]. المرجع السابق، ص: 151.

الأهمية يقي المجتهد المكلف بتطبيق الأحكام من الوقوع في الخطأ عند تقدير مدى مشروعية التغير في إطار النص الظني.

المبحث الثالث: اعتبار المآلات.

ينصب النظر في هذا المقام إلى أبعد من الواقع، إلى ما هو متوقع، فقد يكون الفعل في الواقع مشروعا إلا أنه قد يفضي على المدى القريب أو المتوسط أو البعيد إلى نقيض مقصده، و هو ما يعبر عنه بأصل النظر إلى المآل، فهو إذن نظرة استشرافية للمستقبل لإيقاع الأحكام وفق ما شرعت له في الآجل و العاجل، و هو أيضا أصل ضابط لتسديد و ترشيد العملية التنزيلية وفق ما يتشوف إليه الشارع.

المطلب الأول: المقصود باعتبار المآل و أدلة اعتباره.

يقتضي الحديث عن أصل اعتبار المآل أن نحدد مدلوله اللغوي و الاصطلاحي، و هو موضوع الفرع الأول من هذا المطلب، مع بيان أدلة اعتباره، و في الفرع الثاني، حاولت بسط هذه المسألة في الجانب القانوني على قدر الاستطاعة.

الفرع ا: تعريف أصل اعتبار المآل و أدلة اعتباره.

أولا: التعريف اللغوي و الاصطلاحي:

1.المآل لغة: "الرجوع و المصير من آل الشيء أولا و مآلا، بمعنى رجع، و الآل: الحال الذي يؤول إليها أمر الشخص"[1]، فالمآل لغة هو " الحال الذي يصير إليه الشيء أو الآثار و النتائج المترتبة عليه"[2].

2.أما اصطلاحا، فلم يحظ هذا الأصل بتعريف جامع مانع، من قبل الأصوليين الذين كان همهم التنظير و درك الأحكام، و بالتالي لم يتعرضوا لمسائله إلا بالقدر الذي يخدم مهمتهم في استنباط الأحكام، و لم يتخذ طابعه المستقل إلا في عهد الشاطبي[3] رحمه الله، الذي جعل منه أصلا تطبيقيا بامتياز، يسدد و يرشد العملية التنزيلية، و أعطاه مضامين واسعة لم تكن معروفة لدى الأصوليين من قبل، إلا أنه لم يهتم بدوره بتعريف هذا الأصل على طريقة الحدود، و لكن أعطى له شرحا وافيا لتجليته و بيان مضمونه، قائلا: " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، و ذلك أن المجتهد

---

[1]. ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص: 32.

[2]. د.محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية و أثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، ط2002/1، ص: 121.

[3]. عقد الشاطبي لأصل اعتبار المآل فصلا كاملا في كتاب الاجتهاد في الموافقات.

لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة، عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل."[1]

و بيان ذلك، أن الفعل قد يكون له حكمان: الأول و هو الحكم الأصلي، يكون مشروع، و موافق لمقاصد الشريعة إلا أنه في المدى البعيد أو المتوسط أو القصير يؤول إلى مآل فاسد، يعود على مقاصد الشريعة بالنقض و الإبطال.

كما أن الفعل قد يكون في أصله غير مشروع كأن يكون محرم أو مكروه، إلا أنه يؤدي إلى مآل محمود يعود على المكلف بالنفع أو يرفع عنه ضرر، " فإذا أطلق في الأول بالمشروعية فربما أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، و كذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدّى إلى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية."[2]

أما الكتاب المحدثين، فقد حاولوا إعطاء بعض التعريفات لأصل اعتبار المآل، أوردها فيما يلي:

1)" النظر في مآلات الأفعال المتوقعة أو الواقعة أصل معتبر شرعا بتكييف الفعل بالمشروعية و عدمها في ضوئه، بقطع النظر عن الحكم الأصلي."[3]

2)" ...فهذا الأصل ينبني على أن الفعل يشرع لما يترتب عليه من المصالح و يمنع لما يؤدي إليه من المفاسد."[4]

3)" هو الحكم على الفعل بنتائجه و آثاره دون النظر إلى حكمه الأصلي."[5]

4)" التحقق و التثبت مما يسفر عنه تنزيل الحكم الشرعي على الأفعال من نتائج مصلحيه أو ضرورية تسهم في تكييف الحكم المراد سياسة الواقع به."[6]

الملاحظ عن هذه التعريفات أنها تتفق في كون أصل اعتبار المآل هو التطبيق المتبصر بعواقب الفعل ومدّ النظر إلى أبعد مما يحققه في الواقع، إلى ما هو متوقع استشرافا للمستقبل و تبصرا بنتائجه المحتملة.

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ص: 177/05.

[2]. الموافقات، ص: 05/ 178.

[3].د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص : 31.

[4]. د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص: 194.

[5]. د. محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية و أثره في الفروع الفقهية، ص: 121.

[6]. د. بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي، ص:109.

ثانيا: أدلة اعتبار المآل.

يستمد أصل اعتبار المآل مشروعيته من النقل و العقل، فمن بين الأدلة النقلية التي تدلل على هذا الأصل في الكتاب العزيز قوله تعالى:﴿ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ [1] ﴾[2]، لقد نهى النساء عن الضرب بالأرجل مع أنه في الأصل مباح، إلا أنه قد يؤدي إلى كشف بعض من زينتهن، فمنعن لمجرد هذا الاحتمال سواء أفضى إلى نتيجته أم لم يفض إلى ذلك و سواء أقصدت النساء إثارة الفتنة أم لم يقصدن، و هذه المسألة من مسائل سد الذرائع المنضوية تحت هذا الأصل.

و من السنة الشريفة منع الشارع تطبيق حد السرقة في الغزو، لقوله صلى الله عليه وسلم :« لا تقطع أيدي في الغزو »[3]، خشية التحاق المحدود بجيش العدو و قد يكون لهم عونا على جيش المسلمين، فحفاظا على وحدة الجيش و درءا للانشقاقات من صفوفه و تسريب الأسرار العسكرية للعدو، جاء المنع من إقامة الحدود في الغزو و تأخيرها إلى حين عودتهم إلى ديارهم مع أن الحدود إذا وجبت لا تؤخر، فروعيت هنا مصلحة أخرى أهم من مصلحة إقامة الحد.

أما الأدلة العقلية على هذا الأصل ما استدل به الشاطبي، حيث أورد دليلين عقليين:

" الدليل الأول: أن التكاليف الشرعية مشروعة لمصالح العباد، و مصالح العباد إما دنيوية و إما أخروية، أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم، و أما الدنيوية فإن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، و المسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، و هو معنى النظر في المآلات.

الدليل الثاني: أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعا أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، و إن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، و ذلك غير صحيح، لما تقدم من أن التكليف شرعت لمصالح العباد. و لا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد. و أيضا فإن ذلك يؤدي إلى ألا نتطلب مصلحة بفعل مشروع، و لا نتوقع مفسدة من فعل ممنوع و هو خلاف وضع الشريعة."[4]

---

1. جزء من الآية 31 من سورة النور.

2. د. أ. م. شقرون، مراعاة الخلاف، ص: 126.

3. أخرجه الترمذي في الحدود، رقم: 1454، باب: ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو، و قال: هذا غريب.

4. الشاطبي، الموافقات، ص: 179/05.

الفرع ب: اعتبار المآل في القانون الوضعي.

لم يهتم رجال القانون بتقرير هذا الأصل والبناء أو التفريع عليه، و إفراده بنظريات واضحة المعالم بالشكل الذي رأيناه في الفقه الإسلامي، و لكنهم عرفوا مضمونه، و حكّموه في العديد من المسائل القانونية، و هذا واضح جلي من خلال تصفح جوانب من القانون الوضعي فإننا نتلمس ذلك المنهج الاحتياطي في التعاطي مع الوقائع و المستجدات سواء على مستوى التشريع أو بمناسبة تنزيل الأحكام في الواقع، فعلى مستوى التشريع على أساس النظر إلى المآل، فإننا نجد المشرع قد فرع على هذا الأصل العديد من الأحكام القانونية، كمنعه التحايل على القانون في العقود أو غيرها من التصرفات حماية للطرف الآخر و تجنبا للإضرار به، و من ذلك تقييد لبعض الحريات و الحقوق و مختلف المباحات إذا كان لها على المدى البعيد مآل غير محمود يؤدي مثلا بالإضرار بحقوق الآخرين،كمنع الإطارات العليا في الجيش من الزواج بالأجنبيات خشية تسرب أسرار الدولة لجهات أجنبية، و تقييد الحق في تعدد الزوجات بشرط إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة، منعا لتعسف الزوج و حماية للزوجتين من ممارسات بعض الأزواج.

إلا أن ما يهم في هذه المسألة الجانب التطبيقي و أقصد مرفق القضاء، لكونه ألصق بالواقع من التشريع إذ يتعامل معه مباشرة عند النظر في المنازعات المختلفة.

الأصل أن القاضي يلتزم بتطبيق النص القانوني متى اتضح له من خلال اجتهاده أنه النص الواجب التطبيق على الحالة الواقعية، و لكن أحيانا قد لا يحقق هذا النص العدالة التي تعتبر غاية القانون، على الحالة الواقعية محل النظر، و أيضا في حالة سكوت التشريع، فهنا له أن يلجأ طبقا لسلطته التقديرية إلى منهج الضبط و التقييد إذا تبيّن له المآل الفاسد و له مجال واسع في تفسير النص القانوني لتحقيق العدالة في تلك الحالات الواقعية التي احتفت بها ظروف و خصوصيات معينة لم يتنبأ لها المشرع مسبقا، و له أيضا التدخل في تسوية العقود التي تسبب غبنا فاحشا أو ضررا للطرف الضعيف.

وبناء على ها الأصل تقوم التدابير الاحترازية، و هي نظام وقائي يفرضه القاضي، استنادا لسلطته التقديرية و ليست عقوبة جزائية، " و تستهدف مواجهة الخطورة الإجرامية الحالة لدى الأشخاص لدرئها عن المجتمع"[1]، و من هنا تتحدد طبيعة هذه الإجراءات في كونها ذات طابع وقائي يهدف إلى كف الأذى و توقي جريمة محتملة الحدوث – بتقدير من القاضي- عن المجتمع قبل حدوثه، أي مجرد قيود

[1]. د. عبد الله سليمان سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص: 80.

تحفظية، تتجه نحو المستقبل " تواجه خطورة تنذر بارتكاب الجريمة على وجه الاحتمال، و الاحتمال توقع و التوقع ينصرف إلى المستقبل...و لذلك فإن التدبير يتجه إلى استئصال أسباب الخطورة عند المجرم، معتمدا على وسائل بطبيعتها يُرجى منها أن تعطي نتائج إيجابية مستقبلية، فإعادة التأهيل و العلاج و التهذيب و تحييد الحالة الخطرة، كلها وسائل يُؤمل أن تعطي ثمارها مستقبلا." [1]

و قد بادرت الجزائر إلى إقامة مؤسسات خاصة بهم تعتني بإصلاحهم، حيث استحدثت مؤسسات خاصة بالأحداث، لأنه"من الطبيعي أن السجون غير صالحة لاستقبال الأحداث الذين يرجى أعادة تأهيلهم و إدماجهم في المجتمع."[2]

ما مدى مراعاة المشرع الجزائري للتدابير الاحترازية للأحداث؟

كاتجاه عام لمعاملة الأحداث، فقد راعى التشريع الجزائري الجزاء في صالح الحدث، حيث تكون الغاية منه إصلاحه لا عقابه، لذلك بادر التشريع الجزائري إلى فصل قضاء الأحداث عن البالغين، حيث نصت المادة 447 من قانون الإجراءات الجزائية: " يوجد في كل محكمة قسم للأحداث"، مراعاة لخصوصياتهم، والعمل على تقديم كل الضمانات الكافية لإبعاد ما من شأنه الإضرار بنفسية الحدث مستهدفا فهم شخصية الحدث و إعادة تربيته و إدماجه مجددا في المجتمع.

و قد خصص قانون العقوبات الجزائري المواد 49 و 50 للمعاملة الخاصة للأحداث، كما خصص لهم قانون الإجراءات الجزائية المواد من 442 إلى 464، و قانون إصلاح السجون من المواد 121 إلى 142، كلها تنص على وجوب معاملة الحدث معاملة خاصة إصلاحا لنفسيته و تهيئته لإدماجه في المجتمع من جديد.

المطلب الثاني: مسالك ضبط المآل قبل الوقوع.

النظر في مآل جريان الحكم على الأفعال قبل التنزيل، هو توقع مسبق لما يؤول إليه تطبيق الحكم قبل تنزيله، فيمنع حسما لمادة الفساد و إن كان في الأصل مشروع، بناء على أصل اعتبار المآل.

و هذا التوقع مبني على مجرد الظن الغالب، حيث يتم بموجبه العدول عن المصلحة القطعية الآنية المتحققة التي وإن تحقق بها المقصد في العاجل فإنه لا يستمر تحقيقه في الآجل ، فيعدل إلى تلك الأيلولة الظنية التي تحقق المقصد في المدى القريب و البعيد.

---

[1]. نفس المرجع، ص : 81.

[2]. المرجع السابق، ص : 483.

فرع ا: الاستحسان.

الاستحسان لغة، استفعال من الحسن، وهو عدّ الشيء و اعتقاده حسنا، " و الحسن ما حسن من كل شيء، و يطلق على ما يميل إليه الإنسان و يهواه، حسيا و معنويا و إن كان مستقبحا عند غيره"[1]، و اصطلاحا كثرت التعريفات لبيان حقيقته، و في الصورة العامة هو عدول عن مقتضى الدليل العام في بعض مقتضياته، بمعنى أنه ينحصر بين أصلين فيعدل عن الأضعف تأثيرا و إن كان ظاهر الصحة إلى الأقوى تأثيرا و إن كان خفي الصحة.

و العملية القياسية، بهذا المفهوم هو نظر إلى مقاصد الشريعة، لأن العدول أو " إيثار ترك مقتضى الدليل لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته" كما عبر عنه ابن عربي، إنما هو التفات إلى مقصد الشارع بأنه لم يرد ذلك الاطراد من القياس العام ، و هذا يوافق قول ابن رشد في البداية " أن الاستحسان في أكثر أحواله هو التفات إلى المصلحة و العدل".

إن التعويل على الاستحسان إنما هو النظر إلى المآل، فهو لا يقتصر على النظر العاجل في الدليل العام دون الإحاطة بمقاصد الشريعة، فقبل إيقاع الدليل، ينظر المجتهد إلى نتائجه الآجلة و ما إذا كانت تتفق مع القواعد العامة للشريعة و مقاصدها، و هذا ما يميّز منهج أهل التأصيل الذين يختلفون عن منهج المحدثين، الذين يقتصرون على الدلالة الجزئية للدليل أي المحل الذي ورد فيه دون مدّ النظر إلى ما يؤول إليه من نتائج قد تكون سلبية، لكونا أقصت لما هو متوقع على المدى القصير أو المتوسط أو البعيد.

و قد قال العلماء خاصة منهم المالكية أن الاستحسان، ينبني القول فيه على مآلات الأفعال، فإذا اطرد القياس ثم لاحظ المجتهد أنه ينبني عنه غلو، أو حرج في بعض جزئياته، حجز الدليل العام، في تلك الجزئية التي تسبب عنها الغلو، و عدل إلى ما يقتضيه هذا العدول من دليل مسوّغ، كالمصلحة أو قاعدة رفع الحرج، أو عرف أو عادة.

و هذا ما يتجه إليه الشاطبي رحمه الله، مستخلصا نتيجة مفادها أن " من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه و تشهيه، و إنما رجع إلى ما علم من مقصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك، و كثيرا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، و الحاجي مع التكميلي،

[1].ابن منظورن لسان العرب، ج13، ص: 117.

فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج و مشقة في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج" و هذا الاستثناء الذي فيه ترك القياس هو الأخذ بالاستحسان.

و قد مثل له الشاطبي بأمثلة كثيرة وردت في الشرع تأصيلا لهذه المسألة، و قد علم ذلك أنه من عرفه، كالقرض، فالأصل العام أنه ربا غير جائز لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل و هذا عينه ربا النسيئة و لكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين، و يمثل له في العبادات بالرخص المخففة و في العادات بإباحة الصيد، و في المعاملات بالقراض و السلم و في الجنايات بضرب الدية على العاقلة في القتل الخطأ و تضمين الصناع.

نخلص إلى أن الاستحسان عند المالكية وفقا لهذين التعريفين يرجع إلى اعتبار المآل عند إعمال الأدلة العامة، فهو يُراعي مآلات الأفعال إلى أقصاها عند إجراء الدليل العام عليها.

فرع ب: سد الذرائع و قاعدة إبطال الحيل.

الذريعة اللغة، هي الوسيلة، و السدّ هو الغلق، أي غلق كل وسيلة تؤدي إلى مفسدة، و اصطلاحا، عرفها الشاطبي قائلا:" حقيقة الذرائع: التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"[1]، أما عن سد الذرائع، فقد عرفه القرافي بقوله: "سدّ الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد، دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور."[2]

بناء على تتجلى مفهوم قاعدة سد الذرائع، وحقيقتها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز فالأصل باق على المشروعية لكن مآله غير مشروع .

و من هذه التعريفات استخلص العلماء قيود أو شروط إعمال هذه القاعدة، و جعلوا للوسائل المباحة المفضية إلى محرم تقسيمات، ثم رتبوا على كل قسم منها الحكم المناسب لها.

و حاصل هذه التقسيمات أنه إذا تضمن الفعل الذي هو ذريعة مصلحة تربو على ما في مقصده أو مآله من مفسدة فلا ذريعة تسدّ، أما إذا تضمن مقصد الفعل مفسدة تربو على ما في أصله من مصلحة فيتوجب حينئذ سد الذريعة.

و وجه رجوع سد الذرائع إلى اعتبار المآل أنها مبنية على نظرين: الأول نظر إلى الإذن في ذاته، و هذا لا علاقة له بالواقع لكونه ينصب على الدليل العام المجرد، النظر الثاني: متوجه إلى المفاسد و الأضرار المترتبة

---

[1]. الشاطبي، الموافقات، ص: 183/05.

[2]. شهاب الدين القرافي، الفروق، (الفرق 58، بين قاعدة المقاصد و قاعدة الوسائل)، ص: 02/ 59.

على الفعل، و لا شك أن دفع المفسدة مقدم عن جلب المصلحة، فيرجح جانب المضار خصوصا أن هذه المضار مقطوع بها في حكم العادة الجارية، فيقع السدّ لا لذات الفعل، لأنه مأذون فيه، و لكن لما يترتب عنه، و هو نظر دقيق لما هو واقع و ما توقع.

و هنا ينوه الشاطبي إلى أنه لا يعتد بقصد المكلف في عملية السدّ، إن كان قاصدا جلب مصلحة أو درء مفسدة،" فالمعيار في الذرائع معيار موضوعي لا شخصي، ينظر فيه إلى الواقع و نفس الأمر و مآل الفعل في نظر العقلاء وفقا للعادات الجارية و لا دخل فيه لنية الفاعل و قصده و علمه و ظنه، لأنه تعاطى السبب الذي من شأنه أن يوصل إلى النتيجة"[1]، بخلاف الحيل التي يعتمد النظر فيها على قصد المكلف، حيث أن "القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي"[2]، و هو الباعث غير المشروع في اصطلاح القانونيين، والذي يبطل الفعل أو يتركه على أصل المشروعية، وحقيقتها كما مرّ، تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة فإبطاله نظر في المآل، و معاينة لواقع حال المكلف بالنظر إلى نيته و إن كانت مستترة فإنه يمكن الاستدلال عليها بقرائن الحال متى رجحت هذا الاحتمال.

المطلب الثالث: مسالك ضبط المآل بعد الوقوع (مراعاة الخلاف)

المآل معتبر قبل و بعد الوقوع في الفقه الإسلامي، و في سياق النظر إلى البعد المقاصدي في الاجتهاد بيّن الشاطبي أن المجتهد ينبغي عليه ألا يحكم في مسألة قبل دراسة ملابساتها و تقدير مآلاتها، لأن الفعل قد يكون غير مشروع في ذاته، لكن آثاره تكون مشروعة، لذلك وجب النظر في المآلات بأخذ آثار الحكم أو الدليل و نتائج تطبيقه بعين الاعتبار.

فرع ا: تعريف مراعاة الخلاف.

1.التعريف اللغوي: المراعاة، مصدر راعى يُراعي مراعاة، و المراعاة لغة المحافظة و الإبقاء على الشيء واعتباره، و القيام له بما يناسبه...و المراعاة المراقبة، يقال راعيت فلانا مراعاة و رعاء إذا راقبته، و تأملت فعله، و راعيت الأمر نظرت إلى ما يصير، و راعيته، لاحظته، و راعيته من مراعاة الحقوق...و فلان يراعي فلان، أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره"[3].

[1]. د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي،ص: 210.

[2]. الشاطبي، الموافقات، ص: 122/03.

[3]. لسان العرب، باب الراء، مادة "رعى"، ج 14، ص: 325- 329.

"و المعنى اللغوي هو المراد من المراعاة في الاصطلاح، أي أن المجتهد يلاحظ و يحفظ رأي واجتهاد مجتهد آخر و لا يهمله، بل يأخذه بعين الاعتبار، و يبني عليه الأحكام"[1].

2.التعريف الاصطلاحي: لقد تعددت تعريفات المالكية لمراعاة الخلاف، و من أشهرها:

1- تعريف الإمام ابن عرفة[2]:" إعمال دليل في لازم مدلوله، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر."[3]

2 - تعريف الشيخ القباب[4]: " إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه."[5]

3- أما الشاطبي فقال متسائلا:" فإن قيل فما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي؟ فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف."[6]

و يؤخذ من تعريف الشاطبي رحمه الله، أنه أعم من تعريفي ابن عرفة و الشيخ القباب، إذ جمع بين مراعاة الخلاف و الخروج عن الخلاف الذي هو ترك الدليل مطلقا و الأخذ بدليل الخصم و لوازمه، و عده من جملة أنواع الاستحسان[7]، لما فيه من العدول من الدليل الراجح إلى المرجوح.

قال الرصاع[8] رحمه الله في شرح تعريف ابن عرفة:"(إعمال) جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف و غيره، فمعنى رعي الخلاف: الإعمال، أي إعماله، (دليل) أخرج به غير الدليل، و الدليل هو ما يمكن

---

[1]. د. شقرون، مراعاة الخلاف، ص: 43-44.

[2]. محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، أبو عبد الله، ولد في سنة 716هـ،إمام خطيب جامع الزيتونة، روى عن المحدث محمد الوادي آشي الصحيحين سماعا و أجازه، و عن القاضي أبي عبد الله بن عبد السلام، و سمع عليه الموطأ و علوم الحديث لابن الصلاح، و غيرهم، له تصانيف كثيرة منها، تقييده الكبير في المذهب، تخرج على يديه جماعة من العلماء، توفى رحمه الله في سنة 803هـ. الديباج المذهب، ص: 419، شجرة النور، ص: 326/01-327.

[3]. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص:263.

[4]. أحمد بن قاسم بن عبد الرحمٰن الجذامي، أبو العباس المعروف بالقباب، الفقيه الحافظ من عدول فاس، ولي القضاء بجبل الفتح و الفتيا بفاس، أخذ عن أبي الحسن بن فرحون و القاضي الفشتالي و غيرهم، و عنه ابن الخطيب القسنطيني و الإمام الشاطبي و الشيخ الرجراجي و غيرهم، شرح مسائل ابن جماعة في البيوع، و أحكام النظر لابن قطان و قواعد عياض، توفى رحمه الله في سنة 780هـ.الديباج المذهب،ص:105شجرة النور الزكية، ص: 338/01.

[5]. المعيار المعرب، ص: 06/ 388.

[6]. الموافقات، ج5، ص:106 -107.

[7]. الشاطبي، الاعتصام، ج 2، ص: 145.

[8]. أبو عبد الله محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، قاضي الجماعة بها، أخذ عن البرزلي و ابن عقاب و العبدوسي و العقباني و أخذ عنه الشيخ أحمد زروق و غيره، شرح حدود ابن عرفة و له تأليف أخرى في الفقه و الحديث و التفسير، صرف نفسه عن القضاء و بقي في إمامة الجامع الأعظم إلى أن توفي في سنة 894هـ . شجرة النور الزكية01/ 375.

التوصل به إلى مطلوب خبري، و المطلوب هو المدلول، قوله:(في لازم مدلوله) أخرج به إعمال الدليل في مدلوله"[1]، و قد وضّح التسولي[2] أن المراد بالدليل:" الحديث أو القياس، و المدلول هو الفسخ أو عدمه"[3]، و لازم المدلول هو الأثر المترتب عن ذلك الحكم.

أصل مشروعية مراعاة الخلاف:

أما الأصل الشرعي الذي تنبني عليه هذه القاعدة فهو المستفاد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"، حيث ذكر أن"عتبة بن أبي وقاص[4] عهد لأخيه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه[5]، أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح، أخذه سعد فقال: ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، فقام عبد بن أبي زمعة [6] فقال: أخي و ابن أمة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي و ابن وليدة أبي، و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: هو لك يا عبد بن زمعة الولد

[1]. شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص: 243-244.

[2]. القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديدش، علامة متقن للمذهب فقيه النوازل مع صلاح و ورع، أخذ عن الشيخ محمد بن إبراهيم و هو عمدته و الشيخ حمدون بن الحاج و غيرهما ، له شرح على التحفة و حاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق، راسله الأمير عبد القادر بن محي الدين الجزائري يستفتيه عن الخطب الذي ألمّ بالجزائر من جراء الاحتلال الفرنسي للأراضي الجزائرية و أجابه في عدة كراريس، توفي رحمه الله في سنة 1258هـ. شجرة النور الزكية، ص: 567/01-568.

[3]. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبطه و صححه عبد القادر شاهين، ط1/ 1998م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص:21/01,

[4]. عتبة بن أبي وقاص، بن مالك، أخو سعد بن أبي وقاص، مات على الكفر لدعاء رسول الله صلى الله عليه و سلم عليه لأنه هو من شج و جهه و كسر رباعيته يوم أحد. أسد الغابة 565/03.

[5]. سعد بن أبي وقاص، هو سعد بن مالك بن وهيب و قيل أهيب بن مناف القرشي، يكنى أبا إسحاق، قديم السبق، أحد المبشرين بالجنة، شهد مع رسول الله صلى الله عليه و سلم جميع المشاهد، تأمر الجيش الذي هزم الفرس بالقادسية و جلولاء، فتح مدائن كسرى بالعراق و بنى الكوفة، و ولي العراق ثم عزله عمر، و بعد وفاته ولاه عثمان الكوفة ثم عزله، روى عنه ابن عمر و عائشة و بنوه: عامر و عمر و محمد و مصعب و إبراهيم و عائشة و جمع من الصحابة و كبار التابعين، توفي رضي الله عنه بالعقيق قرب المدينة سنة 58 و قيل 54هـ . أسد الغابة452/02، سير أعلام النبلاء92/02، حلية الأولياء 92/01.

[6].عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود، قرشي عامري من سادات الصحابة و أشرافهم، أخو أم المؤمنين سودة بنت زمعة رضي الله عنهما.أسد الغابة 510/03.

للفراش و للعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة[1]: احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله."[2]

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه و آله وسلم أعمل دليلين؛ دليل الفراش أي العقد الشرعي لالحاق النسب، و راعى دليل الشبه فأمر أم المؤمنين سودة رضي الله عنها بالاحتجاب منه، مما يعني أنه صلى الله عليه و سلم لم يعتبره أخاها و إلا ما أمرها بالاحتجاب منه.

وجه ارتباط مراعاة الخلاف بأصل اعتبار المآل :

عده الشاطبي من جملة قواعد الاحتياط أو الاستثناء، المرتبطة بأصل اعتبار المآل، فبعد أن أصّل للمآل، مضى يعدد مختلف القواعد المرتبطة به، و من بينها مراعاة الخلاف.[3]

و يمثل له أغلب العلماء المالكين بالأنكحة المختلف في فسادها، كنكاح الشغار و نكاح المحلل...الخ، فالمعروف في المذهب المالكي أن حكم هذا القسم من الأنكحة هو الفسخ و ثبوت الإرث بين الزوجين إذا مات أحدهما و ثبوت نسب الولد، مع أن الأصل العام عند مالك هو أنه لا توارث مادام الفسخ ثابتا، فهي نتيجة منطقية تترتب عن الحكم بالفسخ و لكنه راعى خلاف القائلين بعدم فسخه و هم الأحناف؛ فأخذ بدليل المخالف القائل بعدم الفسخ في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين، و أخذ بدليله الذي يترتب عليه الفسخ، و بذلك أعمل الأمرين دليله في الحكم (و هو الفسخ) و أعمل دليل مخالفه في لازم مدلوله (و هو ثبوت الإرث و النسب).

و هو معنى قول القباب رحمه الله، "مراعاة الخلاف إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"[4]، أي إعمال دليل كل واحد من الخصمين، لذلك كان القول بمراعاة الخلاف إعمال لدليلين مختلفين، حيث يُعطى لكل واحد منهما بعض أثره، و تقوم أساسا على " العمل بالراجح أي أن يُعمِل المجتهد دليله الراجح في نظره ابتداء، أما إذا وقع الفعل على مقتضى دليل المخالف و اقترنت به قرائن مرجحة لقول المخالف، عدل إلى الآثار المترتبة عن قول المخالف، فهو عمل بدليله لما كان راجحا قبل وقوع الفعل، ثم عمل

---

[1]. سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد ود، القرشية العامرية، أم المؤمنين تزوجها رسول الله صلى الله عليه و سلم بمكة بعد وفاة خديجة رضي الله عنها، وكانت قبله تحت ابن عمها السكران بن عمرو الذي توفى عنها، وافتها المنية آخر خلافة عمر رضي الله عنها و أرضاها. أسد الغابة 157/07، سير أعلام النبلاء 265/02.

[2]. صحيح البخاري، كتاب "الوصايا"، باب "قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي و ما يجوز للوصي من الدعوى"،ص: 04/ 48.

[3]. الموافقات، ص: 188/05.

[4]. المعيار المعرب، ص: 06/ 388.

بدليل مخالفه عندما صار راجحا بعد وقوع الفعل، و في هذا عمل بالراجح."[1]لأن حالة ما بعد الوقوع ليست كحالة ما قبله، فبعد مواقعة المنهي عنه نشأت أمور جديدة تستدعي نظر جديد تنجم عنه إشكالات لا تُحلّ إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل(أي بعد الوقوع)، و اعتباره شرعيا بالنظر لقواعد المخالف و إن كان ضعيفا في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه روعيت مصلحة المكلف، و تجدد الاجتهاد في المسألة بنظر جديد و أدلة أخرى، لأن التفريع على البطلان الراجح، كما في الأنكحة و البيوع الفاسدة يؤدي إلى ضرر و مفسدة أقوى من مقتضى النهي على ذلك القول، و هذا مبني على مراعاة المآل، حيث ينظر المجتهد في هذا المآل و يفرع على القول الآخر المرجوح باجتهاد و نظر جديد، فلولا المآل الطارئ بعد الوقوع ما كان له أن يفرّع عليه و هو يعتقد ضعفه.

منهجية مراعاة الخلاف:

و تقوم منهجية مراعاة الخلاف على مراعاة دليل الحكم و ليس الحكم نفسه كما سبق أن رأينا في قواعد الاحتياط الأخرى كقاعدة سد الذرائع التي تقوم على صرف الحكم نفسه، بمجرد تبيّن المآل غير المشروع سواء كان الدليل موافقا أو مخالف، و لا تعتدّ أيضا بقصد المكلف، كقاعدة إبطال الحيل، حيث يتم توقيف الحكم بمجرد تبين القصد غير المشروع، بل تقوم منهجية مراعاة الخلاف على اعتبار الدليل الذي يقوم عليه الحكم و لو كان مخالفا لكونه يحمل في طياته مصلحة للمكلف أكثر من أثر النهي الذي يقتضيه دليل الحكم الذي أوقعه المجتهد في المسألة المطروحة، و هو المستفاد من قول ابن عرفة:" أن أهل المذهب يستندون إلى مراعاة الخلاف و جعلوه قاعدة...و المراعى في الحقيقة إنما هو الدليل لا قول القائل."[2]

فهي قاعدة ناشئة من ملاحظة مقاصد الشارع من حيث وضع المكلفين تحت التكليف و من حيث قصد الشارع من ذلك جلب المصالح و دفع المفاسد عنهم، و تراعي الخصوصيات حتى عند ارتكاب الممنوعات، حتى " لا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها."[3]

---

[1]. د.محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، و علاقتها ببعض أصول المذهب و قواعده، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، ط2002/01، ص: 253.

[2]. شرح حدود ابن عرفة، ص: 263.

[3]. الموافقات،ص : 185/05.

ومن هنا نستخلص مدى ارتباط هذه القاعدة الأصولية بالواقع و كيف تراعيه مرتين، و بدليلين متعارضين، تحريا لمقصود الشارع، فحينما يرجح المجتهد أحد الدليلين، فهو إنما ينظر في الواقع و ما يفرزه من قرائن تكون هي المرجح للدليل، و الفعل أيضا عندما يقع يثير مشاكل لا يمكن التخلص منها إلا بالبناء على الأمر الوقع المفروض و اعتبار ذلك الفعل، الذي صيّرته قرائن الحال راجحا.

خاتمة

خاتمة

نخلص في الأخير إلى أن إرساء منهجية تطبيق الأحكام أضحت مسألة ملحة في عصرنا الحالي، بالنظر إلى الأزمة الحضارية التي تعيشها الأمة اليوم، و الغياب شبه الكامل عن مواكبة الحضارة لفقد الرباط بالواقع الإنساني المعاصر، مما أفقدها القدرة على المواءمة بين كليات الشريعة و جزئيات الواقع.

فالنظر من جديد في الواقع و إعادة بلورته وفق خصوصياتنا المرجعية، و مراجعة حال الأمة، و تقصي أسباب نكساتها، يجب أن يُدرج من بين أولويات النخبة في البحث و محاولة تشخيص الداء، ثم اقتراح حلول فعالة، و من بين هذه الحلول التي تجدي في حل أزمتنا هو الاجتهاد في تحقيق المناط، فهو وحده الكفيل بتوفير الكفاءات و أهل الخبرة للأمة باعتبار أن الموارد البشرية هي الاستثمار الحقيقي و الناجح في الأمم المتقدمة، كما يعتبر تحقيق المناط الحل الأمثل للثغرة التي تعاني منها الأمة بين كليات الشريعة و جزئيات واقعها، فإعادة النظر في هذا الضرب من الاجتهاد هو نوع من التجديد في الفقه الإسلامي، و ليس كما يدعي دعاة الاجتهاد الحر، بتحريره من كل الضوابط، بل بمعاودة النظر فيه تأصيلا و تنظيرا و تفريعا، لضبط عملية تنزيل الأحكام.

و الحاجة إلى معرفة تحقيق المناط تزداد كلما تطورت مصالح الأفراد و احتياجاتهم، لما لهذه الآلية من القدرة على مواجهة المستجدات و ما تموج به الحياة المعاصرة من معاملات معقدة و متشابكة، تفرض نفسها و على النخبة من علماء الأمة إيجاد الحلول و سد الطريق أمام الاقتباس أو استيراد القوانين الأجنبية الجاهزة، فلكل مجتمع خصوصياته.

و ليس المطلوب من المجتهد المعاصر، استحداث آليات أو قواعد جديدة لاستنباط الأحكام، فكل ذلك موجود و قد كُفينا مؤنته و الحمد لله، إنما المطلوب هو تفعيلها لمواجهة المستجدات.

و قد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

1. عنصر الواقع يعتبر ركنا من أركان الاجتهاد التنزيلي، لا يمكن أن تتم العملية التنزيلية بدون الالتفات إليه و إعماله، باعتباره محل تنزيل الحكم الشرعي و القاعدة القانونية، خلافا للاجتهاد الاستنباطي.

2. مراحل تنزيل الحكم من الربط بين الجزئي و الكلي و التحقيق في المصالح و المآلات و مراعاة التغيرات تعد ضوابط للاجتهاد التنزيلي، تقي المجتهد من الزلل و تسدّد العملية التنزيلية وفق تعاليم الشرع، مما يستدعي التأسيس لمنهج خاص لتنزيل الأحكام.

3. لا تبرير للواقع في الفقه الإسلامي، على أساس أن المرجعية للنص، و هو الذي نحتكم إليه، وليس الواقع، بل يظل هذا الأخير محكوم بالنص لإصلاحه و تهيئته تهيئة شرعية، فليس كل ما يفرزه الواقع

معتبر، بل لابد من انتقاء ما يوافق الشرع و ما خالفه لا يُلتفت إليه، و هذا عائد بالدرجة الأولى إلى ثبات الأصول، خلافا للقانون الوضعي الذي غالبا ما يساير الواقع تحت ضغط من الضغوط، نظرا لسهولة تعديله، ونظرا لغموض فكرة المصلحة العامة في ذهن فلاسفة الغرب، فكم أهدرت مصالح ضرورية أو حاجية بحجة المصلحة العامة و كم من دولة احتلت أو اعتدي عليها بذريعة الحفاظ على الأمن الداخلي، و ما الضربات العسكرية الاستباقية التي يشهدها العالم اليوم إلا شاهد على ذلك.

4.الأصل العام أن القاعدة القانونية لا تهتم بالمكلف نفسه و لا بتصرفاته عند إصدارها، بقدر ما تهتم بآثار هذه التصرفات، بمعنى أنها ليست لها فلسفة وقائية ذاتية،كأن تتدخل قبل صدور التصرف لتجنب الأضرار، خلافا للحكم الشرعي الذي يتميّز بمنهجية وقائية، بحيث ينصب على أصل التصرف و ليس فقط آثاره، و هو يسايره منذ إصداره إلى انتهائه، بحيث يعمل على تقويمه إما بالجواز إن كان موافقا لتعاليم الشرع أو المنع إذا كان مخالفا لها، فأثناء مسايرته لتصرف المكلف يتخذ عدة مواقف، فإذا طرأ على المكلف مثلا حرج أو ضرورة، حاد الحكم عن مساره العام ليتوجه إلى مسار آخر أكثر استجابة لحال المكلف بحيث يجنبه الحرج و الضيق مستخدما آلية الاستحسان، و إذا وقع المحظور رغم صدور النهي، فإنه يُتلافى له مخرج بآلية مراعاة الخلاف حفاظا على مصلحته، و أما إذا كان فعل المكلف مشروعا و لكن لاح للمجتهد المآل الفاسد، فإنه يصرفه مباشرة عن دائرة التطبيق باستخدام آلية سد الذرائع، و قد لا يتبيّن المآل الفاسد،كأن يكون الفعل على أصل المشروعية و مآله موافق لمقصد الشارع و لكن الواقع أفرز قرائن تدلّل على فساد قصد المكلف، فيتم تحييد الحكم بموجب قاعدة إبطال الحيل، وكل ذلك لا يحتاج إلى سن تشريع إنما هو نظر اجتهادي من المجتهد الذي يحقق مناط ذلك الحرج أو الضرورة، و أحيانا المكلف نفسه من يحقق ذلك إن كان التصرف في خاصة نفسه.

5.قد يراعي رجال القانون المآل عند تطبيق الأحكام وفق السلطة التقديرية للقاضي عند تفسيره للقوانين، مستحضرا مبادئ العدالة، خاصة إذا كانت هذه القوانين لا تعكس العدالة كأن تنطوي على جور وظلم، و له في تفسير النص مساحة لإبعاد هذا الصنف من القوانين.

6.التغير الذي يطرأ على الحكم الشرعي لا ينصب على أصل الخطاب الشرعي، فالحكم باق على أصله، إنما الذي يتغير هي تطبيقاته بحسب ما يفرزه الواقع من ملابسات، أما في القانون الوضعي، فإن التغيير يطال أصل النص التشريعي، و يغيره جذريا إما بالإلغاء أو بالتعديل.

7.أن مراعاة الواقع يُراد بها:

أولا: عموم واقع المسألة، سواء أكان متصلا بها أم لم يكن متصلا، و ذلك لاعتبارات التشابك و الترابط، و لمعرفته أهمية كبرى لتصور الحل، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، و للمجتهد أن يضع معالجته وفقا لمعايشته، و له أن يضع الحلول و البدائل في ضوء أولويات واقعه.

ثانيا: الواقع المخصوص للمسألة: له أن يستعين في معرفة تفاصيله بالتخصصات المعرفية المختلفة، بقصد تدقيق التصوّر المفضي إلى إيقاع الحكم و طريقة تنزيله مع مراعاة خصوصيات المكلف.

8. المنهجية التي يستخدمها المجتهد قد يعبر عنها أحيانا بالاندراج أو الربط أو الإلحاق أو التكييف أو تحقيق المناط أو القياس أو التخريج إلى غير ذلك من العبارات التي تحمل معنى ربط الجزئي بكليّه، و هي تتطلب من المجتهد عملا مزدوجا في خصوص مرجعيته الشرعية أو القانونية، و مفردات الواقع:

أولا: التنسيق بين مفردات المرجعية الشرعية أو القانونية نفسها: كأن ينسق بين العام و الخاص و المطلق و المقيد و الناسخ و المنسوخ و الأصل و الفرع...الخ

ثانيا: التنسيق بين مفردات الواقع نفسه: كالتنسيق بين مختلف العلوم الإنسانية و النوازل و بين ضروريات و حاجيات المجتمع و بين ثوابته، و طريق معرفة ذلك الخبرة و مختلف التخصصات العلمية.

ثالثا: الربط بين الطريقين الأولين و مضاهاة مفردات المرجعية الشرعية أو القانونية بمفردات الواقع و العمل على الحصول عل التطابق التام بينهما، و إلا تم إبعاد الحكم، لأن تنزيله على غير محله تحكّم.

و في الختام يمكن القول، أن أثر الواقع يتجلى بالأساس في تعديل الحكم المقرر للواقعة إذا اقترنت بها التوابع إلى حكم آخر أنسب لها و أكثر موافقة لمقصود الشارع، دون أن يعني ذلك إلغاء الحكم أو إسقاطه، و من هنا علمنا أن فقه الواقع يكتسي أهمية بالغة في تبيّن أحكام الوقائع و المستجدات، لذلك فالاجتهاد الذي نحتاج إليه اليوم هو الاجتهاد الذي لا يقف عند استجلاء مقصود الشارع و إدراك علل النصوص فحسب، و إنما يتعدى إلى مرحلة تحقيق ذلك في الواقع، مما يستلزم معرفة شاملة و معمقة لظروفه و ملابساته و أحواله، و ذلك لا يتحقق إلا بالاستعانة بمختلف الخبرات و العلوم.

هذا، و أحمد الله تعالى على ما منّ به عليّ من الانتساب إلى العلم الشرعي، و أشكره شكرا يليق بجلال وجهه و عظيم سلطانه على ما وفقني لإتمام هذا العمل سائلة إياه أن يجعله خالصا لوجهه الكريم، و أن يغفر لي ما كان فيه من خطأ و تقصير، و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و صلي اللهم و سلم على نبيّك محمد و على آله الطيّبين الطاهرين.

فهارس

1. فهرس الآيات الكريمة.
2. فهرس الأحاديث الشريفة.
3. فهرس الأعلام المترجم لهم.
4. فهرس المصادر و المراجع.
5. فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الآيـة	رقم الآية	الصفحة
سورة الإسراء		
أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ يَبۡتَغُونَ إِلَىٰ رَبِّهِمُ ٱلۡوَسِيلَةَ	57	119
سورة النور		
وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ	31	155
سورة النمل		
وَإِذَا وَقَعَ ٱلۡقَوۡلُ عَلَيۡهِمۡ أَخۡرَجۡنَا لَهُمۡ دَآبَّةٗ مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ	82	22
سورة العنكبوت		
أَوَلَمۡ يَرَوۡاْ كَيۡفَ يُبۡدِئُ ٱللَّهُ ٱلۡخَلۡقَ ثُمَّ يُعِيدُهُۥٓۚ إِنَّ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٞ	19	95
قُلۡ سِيرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱنظُرُواْ كَيۡفَ بَدَأَ ٱلۡخَلۡقَ	20	95
سورة الزمر		
قُرۡءَانًا عَرَبِيًّا غَيۡرَ ذِي عِوَجٖ لَّعَلَّهُمۡ يَتَّقُونَ	28	93
سورة الشورى		
فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ	40	15
أَمۡ لَهُمۡ شُرَكَٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمۡ يَأۡذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ	21	122
فَإِنَّمَا يَسَّرۡنَٰهُ بِلِسَانِكَ لَعَلَّهُمۡ يَتَذَكَّرُونَ	57	87 - 85
سورة الذاريات		
إِنَّمَا تُوعَدُونَ لَصَادِقٞ ۝٥ وَإِنَّ ٱلدِّينَ لَوَٰقِعٞ	6 - 5	23
سورة الطور		
إِنَّ عَذَابَ رَبِّكَ لَوَٰقِعٞ ۝٧ مَّا لَهُۥ مِن دَافِعٖ	8 - 7	23

فهرس الأحاديث الشريفة

فهرس الأعلام (المترجم لهم)

فهرس المصادر و المراجع:

المصحف الشريف.

التفسير

1. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، علق عليه و خرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت: لبنان، طبعة 03/ 2003.

2. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق د.عبد الله عبد المحسن و محمد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت: لبنان، ط2006/01.

3. ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، بيروت، ط2000/01م.

كتب الحديث

4. الإمام البخاري الجعفي، محمد بن إسماعيل ابن بردزبه أبو عبد الله، صحيح البخاري، تعليق إدارة الكتب المنيرية، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ طبع.

5. الإمام مالك بن أنس، كتاب الموطأ مع كتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ للإمام جلال الدين السيوطي، تقديم و مراجعة فاروق سعد، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط03، 1983.

6. الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم، أبو الحسين القشيري، صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة قرطبة، ط1994/02.

7. مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق عبد الخالق الأفغاني، الدار السلفية الهند، 1980.

8. سنن أبي داود، مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي.

9. ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني، تعليق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، ط01/ 2006م.

10. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الأفكار الدولية، بيروت، 2004.

11. المباركفوري، محمد عبد الرحمٰن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، تخريج الأحاديث رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، بيروت، (د.ت).

كتب الفروع الفقهية

12. مالك بن أنس، المدونة برواية سحنون من سماع ابن القاسم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط01/ 1994.

13. الونشريسي، أحمد بن يحي، المعيار المعرب، خرّجه جماعة تحت إشراف د. محمد حجّي، بيروت: دار الغرب الاسلامي، (د.ت).

14.الكساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دار الكتب العلمية ط02/ 1986.

15. الحطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه زكريا عميرات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/ 1995.

16. الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق:د.محمد أديب صالح، الرياض:مكتبة العبيكان، ط1999/01م.

17.التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبطه و صححه عبد القادر شاهين، ط01/ 1998م، بيروت: دار الكتب العلمية.

18.شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجي، دار الغر الإسلامي، ط01/ 1994.

19. الرصاع، محمد الأنصاري أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم، تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، القسم الأول، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1993/1.

20.ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن محمد مولاي،(د.ت).

21. الشربيني، مغني المحتاج،، بيروت: دار إحياء التراث العربي (د.ت).

22. ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، بيروت: دار الكتاب العربي.

23. ابن حزم، المحلى، بيروت: منشورات المكتب التجاري.

24. أ.د.محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، بيروت:مؤسسة الرسالة، ط01/ 1994.

كتب القواعد الفقهية

25.القرافي، الفروق، ضبطه خليل المنصور، بيروت: دار الكتب العلمية، ط01/ 1998.

26.شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر، لابن نجيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1985/01.

27.السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها،، الرياض: دار بلنسية للنشر و التوزيع،1417هـ.

كتب أصول الفقه و المقاصد

28. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، السعودية: دار ابن عفان، ط1997/01.

29. الشاطبي، الاعتصام، تحقيق الأستاذ أحمد عبد الشافي، الجزائر: دار الشريفية (د.ت).

30.الأسنوي، جمال الدين، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تحقيق ناصر الدين الألباني، بيروت: عالم الكتب، 1982.

31. الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، اعتنى به عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط02/ 2010.

32. الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، السعودية: دار الصميعي، ط2003/01.

33.ابن قدامى المقدسي، روضة الناضر و جنة المناظر، د.ت.

34. الطوفي، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، تحقيق د.عبد الله تركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط01/ 1990م.

35.محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط07/ 1997م.

36.محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير عبد القادر عبد الله العاني، مراجعة عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت، ط02/ 1992.

37.ابن القيّم الجوزية، أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، بيروت: دار الكتب العلمية، ، 1996.

38. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الجزائر: الشركة التونسية للتوزيع و المؤسسة الوطنية للكتاب (د.ت).

39.الشنقيطي، محمد الأمين، مذكرة أصول الفقه، الجزائر: الدار السلفية (د.ت).

40.الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرّأي في التشريع الإسلامي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط02/ 1997.

41.محمد فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة،1977م.

42.محمد الوكيلي، فقه الأولويات، دراسة في ضوء الضوابط، و.م.أ: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 1997/01م.

43.د. النجار، عبد المجيد، في فقه التدين، فهما و تنزيلا.

44.د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، بيروت: دار الفكر المعاصر، ط 2000/01م.

45.حمادي، إدريس، المنهج الأصولي في فقه الخطاب، بيروت: المركز الثقافي العربي، ط1998/01.

46.أبو ياسر سعيد بن محمد بيهي، التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، الإسكندرية:الدار العالمية للنشر و التوزيع، (د.ت).

47. إسماعيل كوكسال، تغيّر الأحكام في الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط01 / 2000م.

48.د.مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، بيروت: دار ابن حزم، و جدة : دار الأندلس الخضراء،ط2003/01م.

49.د. الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، بيروت: دار الفكر المعاصر،ط1، 2000م.

50.عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، 2003، المغرب.

51.د.خليل، فوزي، المصلحة العامة من منظور إسلامي، بيروت:مؤسسة الرسالة، ط01/ 2003م.

المعاجم وكتب اللغة و المنطق

52.ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، بيروت: دار صادر للطباعة و النشر، ط. سنة 1955م.

53.الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ،التعريفات، بيروت: دار الكتاب العربي، ط01/ 1998.

54.الشيخ أحمد الدمنهوري، إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق للعلامة الأخضري و عليه حاشية الباجوري، مصر: مطبعة بابي الحلبي و أولاده، 1948م.

55.الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1997.

كتب التراجم

56.عز الدين بن الأثير علي بن محمد الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، ، بدون طبعة، بدون تاريخ.

57.شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط و آخرين، بيروت: مؤسسة الرسالة (د.ت).

58.أحمد بن عبد الله الأصفهاني، أبو نعيم، حلية الأولياء و طبقة الأصفياء، دار الفكر للطباعة و النشر، 1996م.

59.ابن فرحون، القاضي إبراهيم بن نور الدين، الديباج المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنّان، بيروت: دار الكتب العلمية، ط01/ 1996.

60.خير الدين الزركلي، الأعلام ، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون تاريخ.

61.الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، الرباط: مطبعة المعارف، ط. 1345/01هـ، (طبعة مصورة إلكترونيا - pdf-)

62. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تعليق عبد المجيد خيالي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط. 2003/01م.

كتب القانون

63.د.حسن كيره، المدخل إلى القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط5(د.ت).

64.سمير عاليه، علم القانون و الفقه الإسلامي، بيروت:المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، ط02/ 1992.

65.د. حلمي محمد الحجار، المنهجية في القانون، ط02 /2003، بدون دار النشر.

66.د.محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، وهران: ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، 1984.

67.عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ط02/ 1993 (بدون دار نشر).

68.محند إسعاد، القانون الدولي الخاص،ج1،(قواعد التنازل)، ترجمة د. فائز أنجق الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.

69.د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون البينات و الإجراء، عمّان: مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1/1998م.

70.د.محمد.حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والالتزامات، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1998م.

71.د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، "البيع"، بيروت: دار النهضة العربية، ط01، 1997م.

72.د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة، القاهرة: دار الفكر العربي، ط:1983/01.

73.د.محمد عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون تاريخ النشر.

74.François TERRÉ, Introduction générale au droit, 5ème édition, 2000, Dalloz.

المجلات و الدوريات

75. أ. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية،ع2000/1، الجزائر:طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية.

76. د.حسن مطاوع الترتوري، فقه الواقع دراسة أصولية فقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع: 09، أوت/سبتمبر 1997.

77. د.محمد فتحي الدريني، مناهج الاجتهاد و التجديد في الفكر الإسلامي، مجلة الاجتهاد، ع: 08 ، س02، 1990، دار الاجتهاد، بيروت.

78. د.مصطفى باجو، الفتوى بين ضوابط الشرع و الواقع، مجلة المعيار، العدد02، نوفمبر 2001، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ص: 116/115.

79. د.النجار، عبد المجيد، فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الإمام الشاطبي، مجلة الموافقات، ع01/ 1992، المعهد الوطني العالي لأصول الدين،الجزائر.

80. أ. عبد الحميد العلمي، قواعد التنظير المآلي عن الإمام الشاطبي، مجلة الموافقات، ع:02/ 1999، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر.

كتب متفرقة

81.ابن القيم الجوزية، شفاء العليل في مسائل القضاء و القدر و الحكمة و التعليل، دار الحديث، 1994.

مواقع ألكترونية

82. د.منصور حاتم محسن و د.هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع و القانون في تحديد وصف محكمة التمييز،جامعة بابل،كلية القانون، طبعة مصورة إلكترونيا(pdf).
www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/fileshare

83.عبد الله بن بيه، الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع و التوقع في فقه الأقليات، المركز العالمي للتجديد والترشيد بلندن، والمركز العالمي للوسطية بدولة الكويت): www.binbayyah.net/portal

84. الشيخ عبد الله بن بيه،الاجتهاد بتحقيق المناط:فقه الواقع و التوقع: www.binbayyah.net/portal

85. أبو مصطفى البغدادي،الواضح في المنطق (pdf) http://205.196.123.112/sr4y3nfslndg/

86. الخادمي، نور الدين، المجتهد المعاصر و حقوق الإنسان، موقع: http://www.altasamoh.net

فهرس الموضوعات

ملخص

تتناول هذه المذكرة بالدراسة مكانة الواقع و أهميته فيالاجتهاد التنزيلي باعتباره ركن من أركانه و محل تنزيل الحكم الشرعي و القاعدة القانونية، و بيان أثر إعمال عنصر الواقع في العملية التنزيلية، الذي يتجلى بالخصوص في تعديل الحكم المقرر للواقعة إذا اقترنت بها التوابع إلى حكم آخر أنسب لها و أكثر موافقة لمقصود الشارع، دون أن يعني ذلك إلغاء الحكم أو إسقاطه.
و من هنا تبيّن أن فقه الواقع يكتسي أهمية بالغة في معرفة أحكام الوقائع و المستجدات، يتوجّب على كل قائم على تطبيق الأحكام الإلمام به و استيعاب مختلف المعارف التي من شأنها تجلية و توضيح حقيقة الوقائع المستجدة محل النظر، ناهيك عن دوره في تفعيل المقاصد الشرعية، لكون ثمرات مقاصد الشارع لا تتحقق واقعا إلا بالتطبيق.
مما يعني أن إغفال عنصر الواقع و عدم الالتفات إليه عند تنزيل الأحكام،هو تنزيل لها على غير محلها و هذا عينالتحكّم، و قد سبب عناء كبيرا للمكلفين، ما أحدث فجوة حقيقية في الفقه الإسلامي أفقده القدرة على مواكبة الواقع الإنساني المعاصر و الموائمة بين كليات الشريعة و جزئيات الواقع.
لذلك كان أهم إشكال يطرحه الموضوع يتمحور حول إمكانية ضبط العلاقة الجدلية بين الثابت و المتغير في العملية التنزيلية، أي بين الحكم الشرعي أو القانوني و مستجدات الواقع، على أساس أن التشريع أو سن القوانين يقتضي التعميم و التجريد و تنزيل الأحكام يستلزم الخصوصية و من دواعي هذه الخصوصية أن يتخلف الحكم عن محله أو يصرف عن موجبه لاعتبارات الواقع.
فكان لزاما على النخبة في المجتمع العمل علىصياغة منهج خاص لتسديد العملية التنزيلية على غرار منهج استنباط الأحكام، و إحاطته بضوابط محكمة تقي من الخطأ عند التنزيل، هذه الضوابط هي جملة مسالك النظر في الواقع و يمكن إجمالها في: مسلك ربط الجزئيات بالكليات (تحقيق المناط و التكييف القانوني)، مسلك التحقق من حصول المصالح و اعتبار التغيّرات و المآلات.

كلمات مفتاحية:

واقع؛ مصلحة؛ اجتهاد تنزيلي؛ تنزيل الأحكام؛ اعتبار المآل؛ تحقيق المناط؛ التكييف القانوني؛ الحيل؛ التغيرات.